

Las pensiones de invalidez y vejez  
en la Unión Europea

Antonio Ojeda Avilés



E D I T O R I A L T R O T T A

R. 6285

COLECCIÓN ■ ESTRUCTURAS Y ■ PROCESOS  
Serie ■ Derecho

*A mi hija Talía*

© Antonio Ojeda Avilés, 1994

© Editorial Trotta, S. A., 1994  
Almirante, 34. 28008 Madrid  
Teléfono: 549 14 43  
Fax: 549 16 15

Diseño  
Joaquín Gallega

ISBN: 84-8164-029-8  
Depósito legal: M-36420-1994

Impresión  
Cosmoprint, S. L.  
Los Naranjos, 8  
San Sebastián de los Reyes  
Madrid

## ÍNDICE

<i>Prólogo</i> .....	11
1. Problemas generales de las pensiones de la Seguridad Social .....	13
I. Pensiones transfronterizas y no discriminación .....	13
II. La vigencia residual de los convenios bilaterales. La problemática subsistencia del convenio hispano-alemán .....	30
III. Problemas administrativos. La «institución competente» .....	36
IV. El importante papel del asociacionismo .....	40
2. Pensiones de invalidez .....	43
I. Las pensiones de invalidez en los países comunitarios: un abismo nunca bien asimilado .....	43
II. El dualismo legislativo .....	51
III. Dualismo equivale a triple opción .....	58
IV. Algunos requisitos nacionales a tener en cuenta .....	64
V. Exoneración de cómputos por debajo de un año .....	70
VI. Las peculiaridades del accidente de trabajo y la enfermedad profesional .....	72
3. Control médico de las incapacidades .....	77
I. Introducción .....	77
II. Reconocimiento en el país de residencia por los servicios nacionales. Las competencias autonómicas .....	78
III. Reconocimiento en el país de residencia por facultativo elegido por la institución europea .....	84
IV. Reconocimiento en el país de la institución deudora .....	86
V. Reconocimiento a instancias del pensionista .....	89

4. Las pensiones de vejez .....	91
I. Panorámicas nacionales .....	91
II. La cuantía de la pensión .....	99
III. La deriva de pensiones por vejez .....	103
IV. La moderación de requisitos y los trabajadores comunitarios .....	105
V. Sustitución de pensiones de invalidez por pensiones de vejez .....	109
VI. Cómputo con terceros países extracomunitarios .....	112
5. Revisión de las pensiones .....	115
I. Introducción .....	115
II. Acreditaciones sobrevenidas .....	115
III. Incompatibilidad con trabajo remunerado del pensionista .....	119
IV. Reglas nacionales de no acumulación con otras pensiones .....	123
V. Revalorización de pensiones. Pensiones mínimas y complementos para mínimos .....	130
6. La defensa jurídica y los recursos .....	135
I. La exportación de prestaciones como simple variante geográfica del pago de la pensión .....	135
II. El sistema de recursos administrativos ante la institución competente .....	136
III. Jurisdicción competente .....	139
7. Propuestas de reforma .....	143
8. Casos citados del Tribunal de Justicia Europeo .....	147
9. Bibliografía .....	151
10. Lista completa de formularios en materia de Seguridad Social comunitaria .....	155

## PRÓLOGO

Una investigación como la desarrollada en este libro necesariamente debía acudir a las verificaciones *in situ*, si se quería eludir en lo posible las noticias desfasadas o incorrectas proporcionadas por los libros y publicaciones existentes en el lugar de trabajo del autor. También debía compulsar con especialistas de otros países, o en otros países, la múltiple y variopinta estructura de la seguridad social en la Unión Europea. Gracias a esas verificaciones y a esas personas se ha podido acortar grandemente el tiempo de elaboración del libro sin sufrir merma en su profundidad. De ahí que consideremos una obligación el agradecer ante todo a esas personas su valiosa ayuda para la elaboración y culminación del Informe.

Nuestro agradecimiento primordial a la Junta de Andalucía, preocupada por la suerte de sus emigrantes retornados, que financió la costosa elaboración del proyecto. Y a las Asociaciones de Emigrantes Retornados de San Fernando (Cádiz) y Granada, cuyos directivos y asesores tuvieron la paciencia de dedicar varias reuniones a la detección de los problemas más acuciantes que sentían los pensionistas retornados y a su interpretación de ellos.

El director de la Oficina Coordinadora de la Asistencia a Emigrantes Retornados de Andalucía, don Fernando Ojeda Vilches, asistió también a alguna de esas reuniones, puntualizando aspectos, y mantuvo un cordial y preciso apoyo en el establecimiento de contactos con los asesores laborales de las embajadas españolas en los países comunitarios.

Los asesores laborales don José Pellicer, de la representación española en Hamburgo; don Víctor Pérez Ledesma, de la representación española en Amsterdam; y doña María Luisa Alonso, de la embajada española en Bruselas, atendieron con plena dedicación al autor en los días en que les visitó en los respectivos países, ofreciéndole sin vacilar la información solicitada, libros y contactos.

También a otro nivel, los consejeros laborales de las Embajadas españolas en Alemania, don Francisco García Zapata; en Bélgica, don Carlos Cachón; y en Italia y Grecia, don Alberto Ruiz Secchi, deben ser mencionados aquí, por las facilidades dadas a este autor en las materias de su competencia.

En la Dirección General V de la Comisión Europea debe expresarse nuestro agradecimiento a los expertos doctora Rose Langer-Stein y señores Kontizas, Mireille Delprat y Mavridis Prodromos, del servicio «Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes», que durante varios días estuvieron atendiendo las entrevistas a que este autor les sometió. Se les agradece también el material informativo que le suministraron, así como los contactos con otros expertos y el envío de material adicional.

Nuestro agradecimiento, asimismo, a los jueces alemanes del Sozialgericht de Hamburgo, que permitieron la presencia del autor en las vistas sobre litigios de pensionistas españoles. Los catedráticos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Haagen, doctor Heinz-Dietrich Steinmeyer; de Colonia, doctor Peter Hanau; de Tilburg, doctor Antoine Jacobs; y de Hamburgo, doctor Ulrich Zachert, han contribuido a hacer más accesible la comprensión de los sistemas aseguratorios de sus respectivos países.

El director del Instituto Nacional de Seguridad Social, don Fidel Ferreras Alonso, y el subdirector de la Oficina de Relaciones Sociales Internacionales del Ministerio de Trabajo, don Carlos García de Cortázar, puntualizaron diversos aspectos en un seminario de dos días que sobre estos temas celebramos en Sevilla a petición de un grupo de catedráticos alemanes interesados en debatirlos con sus colegas españoles.

*Last but not least*, don Francisco Gómez, coordinador del informante con la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, ha prestado un eficaz respaldo en la obtención de entrevistas con inspectores médicos y otros especialistas en el tema, así como facilitando datos de difícil acceso. Y don Maximiliano Vilches, letrado jefe del INSS en Sevilla, aportó las Circulares de aplicación de las normas comunitarias y la información sobre tramitación de expedientes.

Pese a todo, el autor desea poner de manifiesto lo relativo del esfuerzo realizado, las limitaciones de los análisis ofrecidos, la sensación de caminar sobre las aguas de un océano de problemas a los que sólo se abordó en sus aspectos más relevantes. De no ser porque ha escuchado la misma impresión de labios de prácticamente todos los expertos a los que conoció en este largo deambular, no se habría decidido a sacar a la luz las páginas que siguen. Páginas plagadas de lagunas y quizá de errores, cuyo eventual mérito consiste en escudriñar en algunos rincones de vital importancia para los trabajadores europeos.

Sevilla, abril de 1994

## Capítulo 1

### PROBLEMAS GENERALES DE LAS PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA

#### 1. PENSIONES TRANSFRONTERIZAS Y NO DISCRIMINACIÓN

##### 1. *El asunto Martínez Vidal y los problemas básicos*

En su sentencia de 27 de junio de 1991 (*asunto Martínez Vidal*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJE) entra a considerar un caso aparentemente anodino, pero de cuya trascendental importancia para multitud de españoles y de europeos hemos tenido ocasión de conocer en estos últimos años. Martínez Vidal, emigrante retornado a España, disfrutaba de una pensión de invalidez reconocida por la Seguridad Social holandesa desde 1980; a finales de esa década, fue invitado a someterse en los Países Bajos a un examen médico efectuado por dos facultativos del GMD<sup>1</sup>. Al negarse el señor Martínez Vidal a viajar a aquel país para someterse a la revisión, el asunto llega a los tribunales holandeses, que plantean al TJE la cuestión prejudicial de si puede obligarse a un pensionista a viajar al país deudor para controlar la evolución de su incapacidad, y si influye en ello el que la posibilidad de viajar sin perjuicio para la salud del inválido sea determinada por el país deudor o por el país de residencia.

El *asunto Martínez Vidal* representa el de muchos otros españoles que contrajeron una invalidez permanente en el país europeo de emigración, retornaron a España ya como pensionistas, y al cabo del tiempo recibieron notificaciones enviadas por la entidad gestora del país deudor (la «insti-

1. Servicio Médico Comunitario, *Gemeenschappelijke Medische Dienst*. Gestiona las cuestiones relativas a la rehabilitación física y a la fijación del grado de incapacidad. En opinión de Pieters *et al.*, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1992, 278, «juega un importante papel en la administración del seguro de invalidez».

tución competente») para someterse a una revisión médica de su capacidad profesional o de ganancia. Se trata siempre de una pensión concedida por un determinado país o por varios países conjuntamente, pero no por ningún organismo internacional: éste pone, a lo sumo, las «reglas de conflicto» para resolver los problemas derivados de la colisión entre las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social. Cuando el organismo internacional se encuentra orientado a las fórmulas de unión política confederal, como sucede con la Unión Europea, su alto grado de convivencia entre países miembros conduce a productos normativos muy elaborados y complejos, que en el caso mencionado son los Reglamentos comunitarios 1408/71, de 14 de junio de 1971, y 574/72, de 21 de marzo de 1972, modificados en numerosas ocasiones al hilo de las nuevas incorporaciones comunitarias o de la importante jurisprudencia del TJE declarando contrario al Derecho originario alguno de sus preceptos<sup>2</sup>. A los Reglamentos básicos de Seguridad Social comunitaria los designaremos en adelante como R.1408/71 y R.574/72. El segundo de ellos es una norma aplicativa o de desarrollo del primero en los aspectos más complejos, especialmente los procedimentales y administrativos en general.

Algunos de los litigios sobre Seguridad Social transfronteriza se han planteado también ante los tribunales sociales españoles, los cuales llegan a entrar en el fondo del asunto en proporción cada vez mayor, aunque acusando las dificultades del tema: valga por todas la expresividad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de diciembre de 1991, cuando ha de enfrentarse a un supuesto de prorrateo de pensiones entre la Seguridad Social alemana y la española, y no se recata de aludir a «las dificultades derivadas de la especial redacción de las normas comunitarias» en orden a la interpretación de los artículos correspondientes del Reglamento 1408/71<sup>3</sup>. Como se sabe, los Reglamentos comunitarios tienen aplicación directa y prevalente por los tribunales nacionales de cada país miembro, los cuales deberán someter a esas normas reglamentarias las propias leyes nacionales, llegado el caso. La oscuridad de dichos Reglamentos es proverbial, característica de sus largos artículos, que nos inducen a plantearnos la cuestión del fundamento de tales dificultades.

2. Aproximadamente unas veinte ha sufrido el Reglamento 1408, y unas treinta el Reglamento 574. La mayoría de ellas pueden verse en Comisión de las Comunidades Europeas, *Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social*, 395 ss. Las últimas modificaciones se han producido el 30 de abril de 1992, con los Reglamentos 1247 y 1248/1992. El texto modificado del Reglamento 1407/71 se encuentra publicado por el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DOCE), C-325, de 10 de diciembre de 1992.

3. Lo que no puede extrañarnos, a la vista de que dicho Reglamento ha sido modificado en el año en curso por el Reglamento 1248/1992, de 30 de abril, entre otros fines «para aportar mayor claridad a las normas de cómputo de los períodos de seguro o de residencia cumplidos en dos o varios Estados miembros» (Exposición de Motivos).

La opinión más extendida en el seno de la DG V de la Comisión es que se debe al requisito de la unanimidad para su aprobación en el Consejo, lo que obliga a grandes equilibrios en el texto y, sobre todo, a aceptar cualquier añadido que un país estime necesario para seguir dando su apoyo a la norma. Son redacciones transaccionales, y de ahí su complicada formulación. No solamente los Reglamentos 1408/71 y 574/72 contienen especificaciones en su articulado referentes a las peculiaridades holandesa, griega, etc., sino que la mayoría de sus Anexos se dedican pura y exclusivamente a declarar excepciones nacionales al articulado, con lo que la labor de los intérpretes se hace particularmente tortuosa.

El principio de unanimidad se requiere, efectivamente, por el art. 51 del Tratado para las medidas de implantación de la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la seguridad social. Sin embargo, el art. 6 del mismo Tratado, en su párrafo segundo, requiere solo mayoría cualificada para prohibir toda discriminación en razón de la nacionalidad. A nuestro juicio, cabe deslindar cuanto sería implantación de normas ampliatorias del ámbito primitivo del Reglamento de cuanto sería en cambio un mero reajuste del mismo a los principios del Tratado o a las exigencias de la claridad y de la simplicidad. La distinción no es baladí: multitud de sentencias del TJE se dedican a rechazar artículos del Reglamento por contravenir los principios del Derecho originario, especialmente el de no discriminación, o para aclarar dudas planteadas por los tribunales nacionales a través de la llamada «cuestión prejudicial». Luego, la doctrina contenida en esas sentencias se incorpora a los Reglamentos mediante modificaciones que requieren la unanimidad del Consejo para su promulgación: puede decirse que los alrededor de veinte Reglamentos modificatorios del R.1408 se deben principalmente a esos móviles. Pues bien, consideramos que cabe una doble vía para la promulgación de Reglamentos en materia de Seguridad Social, la de mayoría cualificada del art. 6 y la de unanimidad del art. 51, y que su razonable combinación puede facilitar hasta cierto punto la obtención de un texto nítido para los Reglamentos comunitarios en la materia, por lo cual debería apoyarse por los Estados miembros que deseen evitar conflictos innecesarios, gastos y lentitud burocrática sobreañadida. Dando un paso más en la flexibilización de los procedimientos, el Consejo podría delegar *plenamente* en la Comisión el régimen de esos aspectos meramente aplicativos, por la vía del art. 121 del Tratado fundacional<sup>4</sup>, permitiendo así una mayor dinámica en la simplificación normativa.

4. «El Consejo, por unanimidad y previa consulta al Comité Económico y Social, podrá atribuir a la Comisión funciones relacionadas con la aplicación de medidas comunitarias, en especial, por lo que respecta a la seguridad social de los trabajadores migrantes a que se refieren los artículos 48 a 51, ambos inclusive». La Comisión ha dictado ya al menos siete Reglamentos modificando el Reglamento 574/72.

Otro aspecto problemático lo representan las difíciles comunicaciones entre las autoridades y administraciones competentes de cada país con las de los restantes. No nos referimos a relaciones tensas, de ningún modo, sino a relaciones complicadas, plagadas de malentendidos y desencuentros motivados por el distinto idioma<sup>5</sup>, la distinta mentalidad, la lejanía geográfica, el distinto sistema aseguratorio. El asegurado, el trabajador migrante, tiene dificultades adicionales, pese al enorme avance que significan los Reglamentos comunitarios de conflicto. Resumimos un asunto que llegó a los tribunales holandeses, facilitado por una asociación de emigrantes retornados:

*El caso Mariano Ch.* Emigra a Holanda en 1963, y en 1971 se le declara una incapacidad laboral de 80-100, con una pensión fijada en el 80 por 100. La Seguridad Social holandesa le autoriza a marchar a España en 1974, pero en 1981 solicita de la Seguridad Social española un reconocimiento médico al pensionista, tras el cual éste recibe notificación de la Seguridad Social holandesa de haber sido revisada su incapacidad hasta el grado 35-45 por 100, reduciéndose su pensión hasta el nivel del 35 por 100. Según refiere el pensionista, el reconocimiento se lo había efectuado el inspector médico español, quien le indicó que el informe solicitado era muy extenso y carecía de tiempo para cumplimentarlo, preguntando quién abonaría los honorarios, y al escuchar que los abonaría la Seguridad Social española, como establecido en el convenio hispano-holandés de 1974, despide al pensionista y rellena el informe «sin hacer análisis (sic) ni radiografías ni reconocimiento de ninguna clase». El pensionista entra en contacto con la agregaduría laboral española en La Haya, donde el asesor jurídico señor van B. dice asumir el caso para apelación. El juez falla a favor de la Seguridad Social holandesa. El pensionista se traslada por su propia cuenta a Holanda, y en la agregaduría laboral tiene conocimiento de que el abogado van B. no había defendido el caso ante el tribunal, sino la asesora laboral de la agregaduría, sin calificación jurídica de ninguna clase. El pensionista asigna el caso a un abogado de prestigio, el cual interpone recurso de reposición ante el Tribunal Social de Amsterdam, que falla a favor del pensionista y reconoce de nuevo la incapacidad del 80 por 100.

En éste y otros casos se ha cumplido el principio de exportación de prestaciones aseguratorias, contemplado por el art. 51.b del Tratado Constitutivo de la Unión Europea: al quedar inválidos o jubilarse, los trabajadores migrantes han retornado a su país de origen, en este caso España, y allí han venido percibiendo la pensión por parte de la institución competente extranjera. Nos hallamos ante lo que podríamos llamar una pensión «transfronteriza» o «europea», cuyo control y vicisitudes tiene encomendada la institución deudora con la colaboración de la institución del lugar de resi-

dencia, en la legislación de la Unión Europea. La problemática de esas instituciones, su difícil engranaje recíproco, lo analizaremos en otro lugar de este mismo capítulo.

## 2. No discriminación transfronteriza

Una serie de artículos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el 6, 48 y 51, consagran la no discriminación de los trabajadores comunitarios por razón de su distinta nacionalidad, y aunque en unos aparece el tratamiento igualitario sin referirse explícitamente a la seguridad social, mientras en otros se habla de ésta sin aludir a aquél, del conjunto se deduce que el Derecho originario desea unos sistemas nacionales de seguridad social no discriminatorios. Así, el art. 6 prohíbe *toda* discriminación por razón de la nacionalidad, sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el Tratado. El art. 48 proclama la libre circulación de trabajadores dentro de sus fronteras, lo que «supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». La igualdad de trato se refiere aquí al empleo y las condiciones de trabajo, y la seguridad social sólo de manera muy extensiva puede considerarse integrada en ese concepto<sup>6</sup>. El art. 51 del Tratado hace por su parte referencia específica a la seguridad social, pero sin mencionar al principio de igualdad:

El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

- a) La acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas.
- b) El pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Habrà que acudir finalmente al Derecho derivado para hallar en el Reglamento 1408/71, art. 3.1, la proclamación de este principio general en el ámbito aseguratorio:

3. *Igualdad de trato.*— 1. Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse

5. Así, las comunicaciones oficiales entre las Administraciones competentes holandesa y española se hacían en francés ya bajo la aplicación del convenio bilateral de 1974, por mandato de su art. 41: «1. Para la aplicación del presente Convenio, las Instituciones se comunicarán directamente entre sí, por correspondencia, en lengua francesa».

6. Pese a lo cual el preámbulo del Reglamento 1408/71 señala que «las reglas de coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social se inscriben en el marco de la libre circulación de trabajadores ciudadanos de los Estados miembros y deben, a ese título, contribuir a la mejora de sus condiciones de vida y de sus condiciones de empleo».

al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento.

Como se deduce de este precepto, La Unión Europea se preocupa de que los residentes en un mismo país reciban el mismo trato aseguratorio, pero no pretende una misma Seguridad Social para todos los europeos: los Reglamentos comunitarios de seguridad social persiguen la supresión de las discriminaciones de nacionalidad existentes en las legislaciones nacionales comunitarias, y tal objetivo contiene la suficiente enjundia como para haber entretenido al legislador europeo durante treinta años, aunque en el momento presente, como veremos de seguido, comience a plantearse un horizonte más ambicioso. La lucha contra las discriminaciones nacionales proyecta idealmente dos niveles interactivos de legislación, la nacional y la comunitaria, de los que la primera contiene las impurezas que la segunda pretende erradicar: la Seguridad Social de cada país ofrece en la multitud de normas sobre regímenes obligatorios y complementarios no pocas desviaciones para los trabajadores extranjeros que aún no han sido siquiera detectadas en su plenitud. Las más importantes, como el no reconocimiento de los períodos de seguro cumplidos fuera del país, o la pérdida de derechos por haber retornado al país de origen, se han eliminado en su mayoría, pero aún quedan bastantes que se enredan en la complicada trama de las excepciones a las normas comunitarias. El TJE va expurgando lentamente aquellas prohibidas expresamente por toda la superficie de los Reglamentos 1408 y 574 y de sus Anexos, pero las legislaciones estatales evolucionan, y con cada reforma surgen nuevas discriminaciones.

La connotación foránea, la nacionalidad extranjera, permite e incluso estimula en los distintos países miembros un trato desigual a los inmigrantes en tiempos de crisis económica y política como los actuales, el cual debe combatirse enérgicamente<sup>7</sup>. Aunque menos conocida en este terreno que en el de la discriminación por razón del sexo, también se expurgan las discriminaciones indirectas por el TJE, declarando contrarias al espíritu y la letra comunitarios determinados requisitos de residencia o de alta que, sin ir de plano contra los trabajadores extranjeros, encuentran sin embargo en ellos a sus principales destinatarios. El caso más clamoroso, pero no el único, se ha producido en el Gran Ducado de Luxemburgo, condenado por exigir para la asignación por nacimiento de hijos el haber tenido la madre el domicilio legal durante un año en dicho país, haber sobrevenido el nacimiento en el mismo, y haberse sometido la madre a

7. Trato desigual que, por demás, ha existido desde siempre, como señala G. González, «El Reglamento 1408/71. Principios de ordenación»: *Noticias CEE* 36 (1968), 12, basado en motivaciones jurídicas, demográficas, financieras y políticas, estudiadas por Netter, «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes»: *Revista Iberoamericana de Seguridad Social* 6 (1965), 1549 ss.

todos los reconocimientos legalmente previstos<sup>8</sup>. En todo caso —y se subraya ampliamente en estas líneas por su indudable mérito— la actuación del TJE en su labor igualitaria se produce a instancias de los jueces nacionales mediante el planteamiento de «cuestiones prejudiciales»<sup>9</sup>, y sólo raramente actúa a iniciativa de la Comisión Europea: debe rendirse homenaje a la conciencia europeísta e igualitaria de esos jueces nacionales cuyo apego a lo propio tiene tanta fuerza como en cualquier ciudadano de estos viejos países, pese a lo cual no vacilan en plantear sonados casos donde se ponen en tela de juicio las virtudes nacionales y hasta se condena al mismo Estado que les retribuye, como el *asunto Francovich* ha puesto de relieve<sup>10</sup>.

Pero a donde el Derecho comunitario no llega, difícilmente puede alcanzar el Tribunal de Justicia europeo. Las limitaciones igualitarias de los Reglamentos mencionados han quedado al descubierto en el asunto C-57/90, de 16 de enero de 1992, Comisión Europea c. República Francesa: ésta detrae una cuota a los pensionistas por jubilación anticipada para gastos de enfermedad, aunque tales pensionistas reciban la atención sanitaria de su país de residencia, contravieniendo lo establecido por el art. 33 del R.1408/71<sup>11</sup>, y el TJE tolera sin embargo la discriminación al observar que se produce por un convenio, y no por una ley, reglamento o disposición estatutaria en el sentido contemplado por el art. 1.º del R.1408/71<sup>12</sup>. En nuestra opinión, el reduccionismo del Reglamento probablemente contraría al amplio espíritu del Tratado, deseoso de un tratamiento igual a todos los trabajadores dentro de cada país miembro,

8. *Asunto Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo*, de 10 de marzo de 1993. También en parecido sentido, el *asunto* C-326/90, *Comisión c. Reino de Bélgica*, de 10 de noviembre de 1992, nos suministra un buen ejemplo: Bélgica exige un período de residencia a los trabajadores extranjeros para poder percibir el subsidio de minusválido, el ingreso garantizado para persona de edad avanzada y el mínimo de medios de existencia, requisito socialmente justificable si se tiene en cuenta el peligro para la economía del país de la concesión de tales subsidios a cualquier ciudadano europeo que pase por Bélgica. El TJE, sin embargo, declara que el requisito incumple el art. 3 del Reglamento 1408. Y *asunto Athanasopoulos et alii c. Bundesanstalt für Arbeit* 251/89, de 11 de junio de 1991: las asignaciones alemanas por hijos se supeditaban a la residencia en territorio alemán, y el TJE declaró que deben concederse a quienes trabajaron en Alemania, al margen del momento del nacimiento de los hijos, anterior o posterior al cambio de residencia.

9. Sobre el tema, Iglesias Cabero, *La cuestión prejudicial y la técnica de su planteamiento*, *passim*.

10. Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados 6/90 y 9/90: el Estado debe indemnizar por los daños que resulten del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Comunitario.

11. «La institución de un Estado miembro que sea deudora de una pensión o renta y que aplique una legislación que prevea, para la cobertura de las prestaciones de enfermedad y maternidad, la retención de cuotas al titular de una pensión o de una renta, quedará facultada para practicar esas retenciones... siempre que las prestaciones servidas... sean a cargo de alguna institución del mismo Estado miembro».

12. Art. 1.º del R.1408: «El término "legislación" designa... las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y cualesquiera otras medidas de aplicación, existentes o futuras... Quedan excluidas de este término las disposiciones de convenios existentes o futuros...».



sean o no nacionales del mismo. Excluir del principio de igualdad a las pensiones reguladas por convenios significa en países como Francia, Bélgica, Holanda, Dinamarca y Reino Unido tanto como aplicarlo a la mitad, dada la enorme importancia de las pensiones de origen negocial en esos países y el paulatino incremento de ellas observado en los restantes.

Los Reglamentos 1408 y 574 no se detienen en ultimar la lucha contra las discriminaciones nacionales en seguridad social, empero. Diríamos incluso que su complejo contenido normativo dedica un escaso número de artículos a ese problema, mientras que el grueso de preceptos se encamina a regular otro gran problema en este ámbito: el conflicto entre Ordenamientos nacionales a la hora de determinar qué país responde de las pensiones y, en general, de las prestaciones aseguratorias generadas por una contingencia transfronteriza. Por último, alguna de sus normas tiene carácter sustantivo, no se dedican meramente a indicar el país responsable del pago o las prácticas discriminatorias, sino a establecer reglas nuevas que obligan directamente a los Estados miembros<sup>13</sup>.

### 3. Discriminación «profunda» y convergencia de niveles aseguratorios

A donde los recursos jurídicos no alcanzan es a lo que podríamos denominar *discriminaciones subyacentes*, o «naturales». Aunque se basan en motivos de vecindad y no de nacionalidad, elípticamente afectan principalmente a los nacionales de los países más pobres de la Unión Europea, pues el nivel de su protección social difiere a veces sustancialmente del de los países más desarrollados. Nos referimos a la discriminación derivada de las diferencias económicas entre países, y no de las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros dentro de un mismo país. En los capítulos sobre prestaciones de invalidez y de vejez tendremos ocasión de observar los largos períodos de carencia, por ejemplo, exigidos en los países del sur europeo, mientras en los del norte hay casos en los que basta la mera residencia para estar amparado. Si cada país aplica las mismas reglas a sus nacionales y a los extranjeros comunitarios, esas reglas podrán ser perjudiciales, o restrictivas, pero no discriminatorias, de donde quedan salvaguardadas en lo que algunos gobiernos denominan el derecho a la diferencia<sup>14</sup>.

13. Normas sustantivas son las principales en materia de Seguridad Social, ordenando la totalización y la exportación de prestaciones. Pero también las normas que regulan la aplicación limitada de los mecanismos nacionales anticúmulo de prestaciones (no a las pensiones transfronterizas, sí a las nacionales), la supresión de cláusulas de residencia, la autorización forzosa para recibir prestaciones en especie de otro país cuando no se dispone en tiempo de las propias (art. 22.2).

14. El Preámbulo del R.1408/71, 2.º considerando, reconoce que «las normas de coordinación vigentes pueden ser, en su conjunto, desarrolladas y mejoradas, a la vez que simplificadas en cierta medida, sin prescindir de las importantes diferencias que subsisten entre las legislaciones nacionales de seguridad social».

Hemos tenido ocasión de analizar las cautelas de la Unión Europea para no interferir una diferenciación de siglos. En su Derecho originario afloran, a lo sumo, esporádicas alusiones al objetivo de «armonización en el progreso» (art. 118A del Tratado de Roma), o también se formulan «objetivos específicos» de indudable valor... en Recomendaciones del Consejo. Pero los contrastes se asimilan con dificultad por quienes resultan perjudicados: un jubilado español con pensión nacional o principal holandesa, pongamos por caso, marcará un agudo contraste con el amigo que reside en el mismo pueblo, jubilado con pensión nacional o principal española.

Digámoslo desde el principio: sería oportuno acometer la promulgación de Directivas proponiendo objetivos básicos a los países miembros para que los desarrollen a través de normas internas. Veremos a lo largo de este estudio que existen ciertos momentos de rara proximidad entre los doce países, que podrían traducirse en Directivas apoyando el punto de convergencia. Si hasta el momento no se habían detectado se debe a la profusa ignorancia existente en cada país sobre el conjunto de las legislaciones de los restantes países en la materia: el único esfuerzo con experiencia de varios años, el «Sistema comunitario mutuo de información sobre protección social» (MISSOC), publicado por la Comisión Europea, ha ido puliendo sus abundantes errores en las sucesivas ediciones, y ya en la de 1993 parece haber alcanzado un aceptable grado de ajuste entre los diversos corresponsales nacionales que nutren su información<sup>15</sup>. En los años 90, además, han aparecido algunos estudios científicos importantes con un examen de conjunto, o comparativo, de las legislaciones nacionales, destacando al propósito los de Pieters<sup>16</sup>, van Raepenbusch<sup>17</sup>, y la propia Comisión<sup>18</sup>. Hasta el momento, y dejando a un lado algunos

15. ISG-Sozialforschung und Gesellschaftspolitik GmbH, MISSOC (*Mutual Information System on Social Protection in the Community*), *Social Protection in the Member States of the Community. Situation on July 1st 1992 and Evolution*, Commission of the European Communities, Directorate-General Employment, Industrial Relations and Social Affairs, Bruselas, 1993. El Ministerio de Trabajo español ha publicado hasta el momento la edición correspondiente a 1990 (*Cuadros comparativos de los regímenes de la Seguridad Social. La protección social de los Estados miembros: 1990*, Madrid, 1991).

16. D. Pieters et alii, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la CEE*, Civitas, Madrid, 1992. Edición original en inglés y francés, Maklu Uitgevers, Amberes, 1991. Entre nosotros puede mencionarse el útil estudio comparado de Rojas Castro, *Derecho Comunitario Social*, Granada, 1993. Estudios anteriores como el de Durand, *La política contemporánea de Seguridad Social*, París, 1953 (trad. y ed. española Ministerio de Trabajo, Madrid, 1991), carecen de concreción en el detalle.

17. S. Van Raepenbusch, *La Sécurité Sociales des personnes qui circulent à l'intérieur de la Communauté Économique Européenne*, Story-Scientia, Bruselas, 1991 (trad. española Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, Madrid, 1993).

18. Comisión Europea, *Social Protection in Europe*, Bruselas, 1993.

aceptables estudios prácticos y de difícil acceso<sup>19</sup>, originarios principalmente de países de acogida de emigrantes, los análisis se habían centrado en los Reglamentos comunitarios y sus reglas de conflicto<sup>20</sup>, sin dar margen a un conocimiento recíproco de las normas sustantivas nacionales, como no fuera por las esporádicas referencias y por los datos destilados a través de los casos resueltos en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Pero la Comisión aún no defiende la «armonización» de sistemas: después que la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 se expresara en términos voluntaristas y genéricos al hablar de la Seguridad Social en sus puntos 10, 24 y 25<sup>21</sup>, la unificación de tratamientos se consideró utópica por la Comisión, que en su Programa de Acción para la aplicación de la Carta da un paso atrás al defender un estadio intermedio, la convergencia de los sistemas europeos, en torno a la garantía de recursos, el ingreso mínimo de inserción y los principios básicos<sup>22</sup>. En la misma línea el Consejo se ha decidido a emanar dos Recomendaciones en el verano de 1992, una relativa a los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, y otra sobre la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social<sup>23</sup>. La segunda de ellas recuerda que la

Comisión, en su programa de acción relativo a la aplicación de la Carta Comunitaria antecitada, ha señalado que *las diferencias de cobertura social pueden constituir un grave obstáculo a la libre circulación de los trabajadores* y agravar los desequilibrios regionales, en particular entre el norte y el sur de la Unión, y que, en consecuencia, se ha acordado promover una estrategia de convergencia de las políticas de los Estados miembros en este ámbito en torno a objetivos definidos de común acuerdo. Por desgracia, los «objetivos específicos» definidos en la Recomendación pecan también de inconcretos y hablan demasiado de conceptos como «adoptar las medidas adecuadas de protección social» o «esforzarse en suprimir los obstáculos»; hay pese a todo algunos objetivos nítidos, que proponen avances significativos de algún país como ejemplos a tomar: índices de sustitución de rentas de trabajo, compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo remunerado, asimilaciones al alta por cuidado de hijos, rescate de pensiones mediante cotizaciones voluntarias, etc. Pero en su conjunto la Recomendación muestra un pragmatismo que confirma, según Piccinino, la tendencia a la armonización hacia el nivel mínimo<sup>24</sup>.

En nuestra opinión, la Unión Europea entra actualmente en una profunda fase de competitividad interestatal marcada por casos paradigmáticos como los de Hoover o Rover y por la condena del Parlamento Europeo al *dumping social*<sup>25</sup>; permitir que algunos países comunitarios mantengan un nivel inadecuado de protección supone tanto como infringir dos principios básicos del Tratado de Roma, el de igualdad y de competencia leal, en los arts. 6 (antes 7) y 101<sup>26</sup>. Como sugeríamos al

19. Merecen destacarse el de OIT, *Social security for Migrant Workers*, Ginebra, 1977; VDR (Verband Deutscher Rentenversicherungsträger), *Rentenversicherung im internationalen Vergleich. Die allgemeinen Alterssicherungssysteme in neuen ausgewählten Staaten*, Alfred Metzner, Neuwied/Frankfurt, 1989; K. Bauer, K. Hannemann y D. Kinzel, *EWG-Rentenversicherung*, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Berlin, 1986.

20. Destacan Panayotopoulos, *La Sécurité Sociales des travailleurs migrants*, Ginebra, 1973; Tantaroudas, *La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE*, París, 1976; M. Rodríguez-Piñero, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982.

21. Punto 10: «Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto y sea cual fuere la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente. Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes, adaptados a su situación personal». Punto 24: (De acuerdo con las modalidades de cada país) «Toda persona que haya alcanzado la edad de jubilación, pero que no tenga derecho a pensión y que no tenga otros medios de subsistencia, debe poder disfrutar de recursos suficientes y de una asistencia social y médica adaptada a sus necesidades específicas».

22. Programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, COM (89) 586 final, Bruselas, 5 de diciembre de 1989, Parte II, punto 5: «Los sistemas de seguridad social son diferentes en los doce países de la Comunidad. Sus características responden a una historia, una tradición y unos logros sociales y culturales propios de cada Estado y que no podemos poner en entredicho. Por lo tanto, en este sector no es posible plantear una armonización de los sistemas existentes». Sobre las diversas acepciones del concepto de armonización, de entre las que el autor prefiere la dimensión jurídica y las dificultades de la misma, en Pieters, «Consecuencias del mercado único europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿vamos hacia una armonización con vistas a 1993?», en Varios, *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992, 258 ss.

23. Recomendaciones de 24 de junio y 27 de julio de 1992, 92/441 CEE y 92/442 CEE (DOCE L 245/46 y 245/49, ambos de 26 de agosto de 1992).

24. «L'armonizzazione sul piano comunitario dei sistemi di sicurezza sociale»: *Il diritto del Lavoro* 1 (1993), 133.

25. En el caso Hoover, una factoría de esta empresa cierra en Francia para instalarse en Gran Bretaña, gracias a las concesiones prometidas por los sindicatos escoceses, que dicen haber negociado con la multinacional «con el cuchillo al cuello»; en el caso Rover, la BMW alemana compra esta firma británica con el propósito, según algunos, de transferir parte de su producción a Gran Bretaña. La situación europea refleja un fenómeno mundial en el que también se benefician algunos países del Este europeo. El Parlamento europeo, por ello, ha propuesto la inclusión de una cláusula social en las normas que rigen el comercio internacional («Resolution of the European Parliament of 11 February 1993 on redundancies and social dumping in multinational companies, 93/C72/117, punto 7», en *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* IX-2 (1993), 266-268. En sesión plenaria de 13 a 17 de septiembre de 1993 aprueba de nuevo una Resolución sobre cierres y cambios de localización de actividades industriales, por 120 votos a favor, 96 en contra y 10 abstenciones. En marzo de 1994, Francia y Estados Unidos han acordado conceder la máxima prioridad a los derechos de los trabajadores en las conversaciones comerciales con terceros, y el comisario de comercio de la Unión Europea ha propuesto a la Organización Mundial del Comercio, el organismo que sucede al GATT, que preste más atención a temas como los derechos sindicales, el trabajo de los niños o el de presos, y a temas sociales relacionados. Sobre las dificultades del problema, cf. Servais, «La cláusula social en los tratados de comercio: ¿Pretensión ilusoria o instrumento de progreso social?»: *Revista Internacional de Trabajo* 108-3 (1989), 289 ss.; Moreau, Staelens y Trudeau, «Nouveaux espaces économiques et distorsions sociales (ALENA/CEE/EEE)»: *Droit Social* 7/8 (1993), 686 ss.

26. «En caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros falsea las condiciones de competencia en el

principio del epígrafe, el fin inmediato de la convergencia, en tal contexto, debe aprovechar el máximo terreno posible de la armonización, cediendo a un nivel menor cuando no quepa otra postura: implica, por un lado, detectar los aspectos aseguratorios donde existe cuasi unanimidad entre los países miembros y proponer a los que no se ajusten al *standard* su incorporación; por otro, detectar los aspectos en donde las diferencias entre los países miembros son mínimas, e incitar a un reajuste en torno al punto medio. El rastreo tanto de los *standards* como de las *similitudes* no va siendo tan difícil desde que se dispone de cuadros estadísticos y de gráficos actualizados de los doce países miembros, pese a todas las reservas debidas a los distintos modos de computar datos. Así, por ejemplo, el período de carencia de cinco años para las pensiones de invalidez por riesgos comunes está bastante generalizado, así como el sistema de legislación *B* para las mismas pensiones, o la compatibilidad de las pensiones de vejez con el trabajo remunerado. Estas y otras facetas de las legislaciones nacionales deberían ponerse sobre el tapete del Consejo de Ministros de la Unión para intentar una convergencia más factible que la avanzada en la Carta Comunitaria o en la Recomendación antevista. «Más factible» no significa, desde luego, «fácil», pues cualquier modificación de la Seguridad Social reviste tintes dramáticos para un país, ya sea por las repercusiones financieras de una mejora, ya por los aspectos sociales de una reducción.

Junto a ello, se trataría también de aproximar las técnicas, los conceptos, el lenguaje, los procedimientos. Probablemente de todas las diferencias técnicas existentes entre los países comunitarios, la más difícil de limar sea la definición de incapacidad, por cuanto algunos países las basan en la incapacidad laboral y otros en la de ganancia. Y sin embargo, Italia ha pasado recientemente de la segunda a la primera por razones de ahorro económico, sin excesivos traumas. Los niveles iniciales de incapacidad constituyen asimismo otra gran diferencia, pues unos países los incluyen en los esquemas de enfermedad y otros en los de invalidez. Pese a ello, una regulación paralela no supondría gasto económico apreciable y en cambio permitiría una enorme clarificación entre sistemas. También la tramitación de las prestaciones presenta abismales diferencias entre países que provoca un rosario de equivocaciones, demoras sin cuento para los beneficiarios, pérdidas millonarias para todos los países: el hecho de que unos confíen la gestión a entidades privadas muy participadas y muy descentralizadas, mientras otros prefieran una gestión pública y bastante centralizada, hace girar durante meses por multitud de oficinas una solicitud de prestaciones, e incluso la resolución concesiva de ellas; in-

mercado común y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados miembros interesados. Si tales consultas no permitieren llegar a un acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará por unanimidad durante la primera etapa y por mayoría cualificada después, las directivas necesarias a este fin...».

cluso en algunos países las prestaciones se tramitan a través de los Ayuntamientos, con gravosas consecuencias para los residentes en otro país a los que se plantea un problema en su pensión.

Multitud de aspectos técnicos como los antecitados no suponen un gasto económico, sino más bien un ahorro de tiempo y dinero para todos los implicados, y un debate para hallar fórmulas aceptables para todos, unido a la voluntad de los legisladores nacionales para modificar lo posible, haría incluso innecesaria la actividad interventora de la Unión. La novedad respecto a los años ochenta en este campo estriba en que ahora el debate y la voluntad existen, en nuestra opinión, pues Europa se ha transformado en aldea global inadvertidamente. Por decirlo con Schulte, probablemente sea adecuado afirmar que la armonización de los sistemas de la Seguridad Social (incluyendo la armonización de los mecanismos financieros) en la «Europa de los 12» es un objetivo que, incluso con posterioridad al año mágico de 1992, resulta tan lejano como siempre. Sin embargo, puede lograrse una mayor convergencia de las políticas sociales y de los sistemas de bienestar social de los Estados miembros en el proceso de «europeización», es decir, la integración europea a todos los niveles que tiene lugar en Europa Occidental desde mediados de los cincuenta y posiblemente continuará durante la década de los noventa con mayor rapidez<sup>27</sup>. También existe el órgano comunitario donde el debate y la voluntad pueden hallar expresión: la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, un órgano cuyas reuniones mensuales transcurren plácidamente, cuyas decisiones aparecen con parsimonia, pero al cual podría dársele un impulso radical para convertirlo en vehículo preparatorio de las reformas convergentes.

#### 4. *División bipolar en la diferenciación «profunda».* *¿Hacia una confrontación?*

La diferencia de nivel de protección entre los países miembros de la Unión no es fractal o aleatoria, sino que dibuja una precisa línea geográfica entre dos bloques cuya imbricación con las pensiones transfronterizas reviste considerable importancia. De esa línea divisoria en dos bloques cabe deducir la inutilidad de que la política comunitaria de convergencia entre sistemas se limite a reconciliar, como sugiere la Comisión, las dos principales corrientes tradicionales de protección en Europa, la contributiva de tipo Bismarck, y la impositiva de tipo Beveridge<sup>28</sup>. Y ello no sólo porque ambas corrientes se han influido mutuamente con el transcurso

27. «La financiación de los sistemas de protección social en Europa», en Varios, *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992, 55.

28. Informe sobre *Social Protection in Europe*, 11. En la síntesis hecha por Pessi y Bozzao, «La Sicurezza Sociale nella CEE: problemi e prospettive», en Pessi *et al.*, *Il sistema previdenziale europeo*, Padua, 1993, 8-9, el modelo bismarckiano o continental deriva de la legislación aseguratoria de

del tiempo, tomando cada una de la otra lo que estimó más positivo, y hoy no existe en el ámbito comunitario ningún país con un sistema puramente bismarckiano ni tampoco puramente de Beveridge, como ha estudiado Ferreras Alonso<sup>29</sup>, sino además porque, con ser importante, la tradicional división tiene un carácter básicamente formal, se refiere a la configuración de los sistemas en la deducción de ingresos y el pago de prestaciones en los países miembros, sin aportar datos sobre el nivel de tales ingresos y prestaciones. La división material, en cambio, no traza sus fronteras entre los países que reconocen un modelo universal de protección (Dinamarca, Holanda, Reino Unido e Irlanda) y aquellos donde prevalece una prestación según contribuciones<sup>30</sup>, antes bien, agrupa a los países nórdicos por un lado y, por otro, a los países alineados en un «creciente deprimido» que alcanza desde Irlanda a Grecia, y que quizá podría concretarse en los países del sur.

De ahí también que el loable intento de la Comisión por distinguir cuatro clases de países en materia de protección social, al no tener en cuenta esa distinción material, carezca de nitidez. En efecto, su Informe distingue entre países de protección predominantemente contributiva (Alemania, Francia, Bélgica y Luxemburgo); países con protección predominantemente impositiva (Gran Bretaña, Dinamarca e Irlanda); países con un sistema intermedio entre los dos anteriores (Holanda e Italia); y países con sistemas de protección «aún en su infancia» (España, Portugal y Grecia<sup>31</sup>). Semejante distinción confunde más que aclara en los momentos presentes, pues por debajo de ella discurre otra más profunda entre dos grandes bloques de países con dos niveles de protección distintos y distantes, donde los países de nivel inferior dibujarían un creciente en el cual se hallarían desde luego España, Grecia y Portugal, pero donde también entrarían Irlanda y probablemente Gran Bretaña, por mucho que ambos países reconozcan una protección universal conforme a la prueba de necesidades y no a las cotizaciones realizadas. Es lo que Schulte ha

denominado Estados de bienestar «débiles», por contraposición a los «fuertes»<sup>32</sup>.

La distinción entre el bloque de nivel superior y el de nivel inferior presenta históricamente una evolución cuyos efectos se dejan sentir hoy, y es la siguiente: las pensiones de vejez están reflejando la situación de los dos bloques durante los años sesenta, cuando Italia formaba parte de los «débiles» y Gran Bretaña de los «opulentos». De ahí que, por ejemplo, las sentencias del TJE en materia de pensiones lleven frecuentemente nombres italianos, y poco a poco se vayan nutriendo de nombres españoles, griegos o portugueses. En la perspectiva histórica, la diferenciación material asume un aspecto típicamente nortés, que marca el debate actual sobre pensiones: son prioritariamente los antiguos emigrantes los que efectúan reclamaciones ante los tribunales alemanes, holandeses o belgas; ellos mismos son quienes sufren los recortes, los reconocimientos médicos, la revisión de esas pensiones. Son, también, los potenciales perjudicados por la campaña desatada en Alemania por un reducido sector político contra la protección que dispensa el TJE, causando en ese país una progresiva desconfianza hacia la jurisprudencia de tan alto tribunal<sup>33</sup>. Conceptos como «turismo social» (*Sozialtourismus*) han arraigado fuertemente incluso en la doctrina para señalar la aplicación distorsionada del Reglamento 1408 consistente en aprovechar sus normas de coordinación para beneficiarse de la mejor atención sanitaria de los países nórdicos<sup>34</sup> o para disfrutar las pensiones de éstos en las mejores condiciones climáticas de

32. *La financiación de los sistemas de protección*, cit., 55. Cita entre los fuertes a Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania y Holanda.

33. El origen de la campaña procede del Departamento de Política Social Internacional del Ministerio de Trabajo de ese país, con declaraciones como las hechas en el semanario *Der Spiegel* de 10 de agosto de 1992 por su director, Peter Clever. Pueden señalarse también las del Ministro de Trabajo federal en ese mismo semanario, de 30 de noviembre de 1992, y las del Canciller federal en su discurso ante el Foro Comunidad Europea de la Economía Alemana, el 5 de octubre de 1992. En sustancia defienden una moderación por parte del TJE para evitar crear Derecho excediéndose en sus funciones e invadiendo el Derecho nacional. Cf. Rojas Castro, *Derecho Comunitario Social. Posturas respecto al Tribunal Comunitario*, texto multicopiado, Bonn, 1993, 1 ss. Recientemente, el Centre de Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants francés se hace eco de las opiniones del señor Clever publicando su artículo titulado «Evaluation de la Jurisprudence de la Cour de Justice Européenne en matière sociale» en su *Bulletin de Liaison et d'Information* 1/2 (1993), número especial de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, páginas 11 ss.

34. Arts. 22.1 c y 31 a R.1408. Viajar a dichos países con el exclusivo propósito de beneficiarse de su medicina de alto nivel simulando un viaje turístico que repentinamente se quiebra por una agravación de la dolencia que obliga al tratamiento «imprevisto» del enfermo por los servicios sanitarios del país de estancia, «casualmente» los mejores de la Unión en ese tipo de enfermedades. Para Le Grand, «La convergencia de salud y las políticas de la asistencia sanitaria en la Comunidad Europea», en Varios, *Convergencia de políticas sociales*, Madrid, 1993, 203, el turismo social no ha de ser necesariamente malo, si en los países de origen se redujera los ingresos de los proveedores o se considerara indeseable, provocando así un cierto grado de convergencia automática para evitarlo. Pero el mismo autor considera el efecto contrario, a saber, que el turismo social venga incentivado por los proveedores en

Bismarck del XIX para todos los trabajadores de la industria y garantiza al trabajador el mantenimiento de su *status* social y del nivel de renta adquirido en su vida laboral; el modelo beveridgiano o atlántico descende de las Poor Laws desde 1601 y consiste en un sistema de asistencia pública para todos los ciudadanos necesitados, garantizando una renta mínima de subsistencia. Por su parte, para Schulte, «Sobre la vejez y los jubilados», en Varios, *Convergencia de políticas sociales*, Madrid, 1993, 234, «Los sistemas de seguro y jubilación de los Estados miembros pertenecen en distinta medida y forma a uno de estos polos y están comprometidos con los llamados objetivos sociales —evitación de la pobreza o bien garantía del nivel de vida—».

29. «Panorámica de los sistemas de Seguridad Social en los países comunitarios»: *Relaciones Laborales* I (1993), 1105 ss.

30. Vid. Ferreras Alonso, *Ibid.*, 1106-1107.

31. *Social Protection in Europe*, 16 ss. Parece inspirarse en la distinción efectuada en Pessi, «La sicurezza sociale negli Stati membri della Comunità Economica Europea», en Pessi *et al.*, *op. cit.*, 32 ss., quien distingue entre países con sistema de aseguramiento prevalentemente beveridgiano (Reino Unido, Dinamarca e Irlanda), países con sistema de aseguramiento tipo mixto (Holanda) y países con sistema de aseguramiento social prevalentemente bismarckiano (los restantes).

los países del sur. Así se indica, por ejemplo, en un artículo del semanario alemán *Welt am Sonntag*<sup>35</sup>:

Todos los niños de la Europa Comunitaria perciben el subsidio familiar alemán, todas las madres entre Portugal y Grecia cobran la pensión alemana por bebés, y los parados toman el sol en las playas lejanas del sur, porque se les remiten las prestaciones por desempleo desde Nuremberg. Esta visión terrorífica de una «exportación de prestaciones sociales» a cargo de las Cajas Alemanas va tomando rasgos cada vez más reales, que inquietan a Bonn.

La diferenciación en dos bloques históricos según el nivel de protección se plasma macroeconómicamente en una relación acreedor-deudor bien conocida para los juristas. Los países de nivel superior se convierten —en virtud de la enorme emigración recibida desde los países del sur durante los años de apogeo económico— en países deudores de pensiones, mientras los países de nivel inferior pasan a adquirir una posición global de países acreedores de pensiones. Unos y otros adoptan reacciones típicas de esa relación, justificables hasta cierto punto: los gobiernos y parlamentos nórdicos tienden a establecer cargas indirectas al disfrute de pensiones por extranjeros, como tendremos ocasión de examinar en los capítulos siguientes, mientras los países del sur —entre ellos España— comienzan a preocuparse por la situación de los emigrantes retornados, y subvencionan sus asociaciones o establecen en las embajadas servicios de asistencia jurídica más o menos equipados. Con tal de evitar las pensiones a los emigrantes retornados o a sus familiares del país de origen, los países deudores llegan incluso a satisfacer la prestación exigida judicialmente, abandonando todas las resistencias ejercidas hasta ese momento, en cuanto se conoce que el asunto ha llegado al TJE porque lo ha planteado un juez nacional<sup>36</sup>.

No siempre, desde luego, aparecen como acreedores los países del Norte de Europa en el gran espacio de la seguridad social comunitaria. El caso más antiguo y económicamente más importante es la prestación por desempleo del emigrante retornado, quien tiene derecho a computar las cotizaciones del país de retorno para percibir las prestaciones del país de origen... si ha trabajado en éste aunque sea un solo

los países de acogida. De cualquier modo, recuérdese que las prestaciones sanitarias se realizan en los países nórdicos con reembolso del costo por los países del sur, en estos casos.

35. Tomado de Rojas Castro, *op. cit.*, 2.

36. *Asunto Caparrós* 4/90 (reducción de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros); *asunto Rocella* 317/89 (complemento del subsidio familiar a los hijos residentes fuera del país de acogida). El Ministerio Federal de Trabajo alemán pretende también la modificación del art. 117 del Tratado constitutivo para restringir la legitimación para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJE a solo los tribunales supremos de los países miembros. Cf. sobre semejantes tácticas Rojas Castro, *op. cit.*, 35-36.

día<sup>37</sup>: Se totalizan los períodos de seguro cubiertos en todos los países donde se ha trabajado, pero el país pagador no puede reembolsarse de las prestaciones requiriendo su respectiva parte proporcional a los demás países. Los emigrantes retornados abren más fácilmente así la llave de las prestaciones y subsidios por desempleo, que para los mayores de 52 años se prolonga hasta la edad de jubilación, como se sabe, con una problemática que examinamos más abajo, en el epígrafe iv.4, cap. 4. En el caso español, la enorme masa de retornados ha contribuido seguramente a poner en quiebra el sistema de prestaciones por desempleo, al reclamar al INEM su derecho conforme a la legislación comunitaria, que en estos casos opera según la filosofía de los países A en las prestaciones de invalidez, es decir, totalizando la base reguladora, pero concentrando el pago en un solo país deudor.

Aunque reciente, otro supuesto potencialmente peligroso para el equilibrio de los sistemas aseguratorios de países débiles se encuentra en la asistencia sanitaria europea. El mayor conocimiento recíproco provoca en los ciudadanos del bloque acreedor un sentimiento de frustración ante los límites de sus prestaciones, si son comparadas con las de los países del otro bloque, y los tribunales tienden a amparar sus reacciones escapistas con débiles bases jurídicas. Pongamos un ejemplo: en 1991, el padre de una menor de edad que recibía tratamiento médico en un hospital público malagueño es autorizado por la entidad gestora a un tratamiento en Hannover y Friburgo con gastos pagados por la misma; de vuelta al hospital malagueño, dos meses más tarde el referido padre fleta por su cuenta un avión UVI que llega desde Alemania, transporta a su hija esta vez a Hamburgo para intervenirla, y la devuelve a Málaga, donde la operan de nuevo, pese a todo lo cual fallece. En su sentencia de 17 de setiembre de 1993, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resuelve que es el Servicio Andaluz de Salud quien debe pagar el costo de toda la operación, pues había autorizado a la enferma «a conservar el beneficio de las prestaciones del seguro de enfermedad en Alemania»<sup>38</sup>. Como se observa, el terrible drama humano vence la interpretación de los jueces hacia una solución quizá discutible bajo el frío prisma de la técnica jurídica. En el Reglamento 1408 se establece, sin que hasta el momento se conozca por muchos la *explosiva* potencialidad de tales preceptos, que el trabajador con derecho a asistencia sanitaria en su país de residencia, o un miembro de su familia, cuyo estado requiera asistencia inmediata durante una estancia en el territorio de otro país miembro, o que sea autorizado por la entidad gestora de su país a desplazarse

37. Ex art. 67.3 R.1408, y *asunto van Noorden* 272/90, de 16 de mayo de 1991. Además de los tres meses de prestaciones por desempleo exportadas desde el país de acogida, ex art. 69 R.1408, que paga sin embargo dicho país de acogida.

38. *Relaciones Laborales* 24 (1993), 62 ss.

a otro para recibir asistencia, podrá recibir la atención sanitaria en este otro país... por cuenta de la entidad gestora de origen (art. 22). La autorización para desplazarse a otro país al objeto de recibir tratamiento no podrá ser denegada por la entidad gestora de origen —viene a decir el mismo artículo, número 2— cuando la asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario en el país de residencia. Como el TJE indica en el *asunto Pierik* 117/77, la obligación de autorizar se extiende tanto al caso en que la asistencia dispensada en otro país miembro sea más eficaz que la que el interesado puede obtener en el país de residencia, cuanto para el caso en que la asistencia de que se trate no pueda ser dispensada en el territorio de este último país.

También el art. 31 del Reglamento 1408 determina el derecho a asistencia sanitaria por cuenta de la entidad gestora del país de residencia, cuando un pensionista o algún miembro de su familia se encuentre accidentalmente en otro país miembro y necesite atención médica u hospitalaria. A lo que parece, los casos de pensionistas que realizan viajes de *turismo* para recibir tratamiento en los mejores hospitales europeos se incrementa inexorablemente ante la mirada preocupada de las entidades gestoras débiles.

## II. LA VIGENCIA RESIDUAL DE LOS CONVENIOS BILATERALES. LA PROBLEMÁTICA SUBSISTENCIA DEL CONVENIO HISPANO-ALEMÁN

¿Cabe considerar como transfronteriza una determinada postura discriminatoria de un país miembro con sus ciudadanos? En principio la respuesta a tan extraña pregunta habría de ser negativa, pues se trataría de una discriminación nacional, en donde no entrarían consideraciones «europeas». El supuesto parece aún más extraño cuanto que el país donde aparentemente se discrimina a sus conciudadanos es uno de los afectados por similares actitudes del bloque deudor, y debería hallarse sensibilizado antes semejantes comportamientos. Veremos a continuación cómo la actitud del Tribunal Supremo español y de nuestra Administración en el tema de las bases reguladoras de pensiones transfronterizas nos saca de nuestra extrañeza.

Las pensiones de invalidez y vejez pueden llegar a prolongarse en su percepción durante un largo período de tiempo, y sus vicisitudes por tanto quedar sometidas a diferentes regímenes legales sucesivos. Por cuanto respecta a las pensiones transfronterizas, la evolución normativa más importante se produce en 1986, cuando España se incorpora a la Unión Europea: los convenios bilaterales con Alemania, con Holanda, con Francia, etc., pasan a ser sustituidos por los Reglamentos comunitarios, a virtud de lo dispuesto por el art. 6 R.1408, que sin embargo mantiene en vigor determinados preceptos de algunos convenios bilate-

rales<sup>39</sup>. España mantiene, por ejemplo, diez artículos en vigor de los antiguos convenios bilaterales, cuyo contenido de al menos los más importantes puede tener interés conocer aquí:

### *Convenio bilateral Alemania-España de 1973:*

Art. 4.1. Tanto los súbditos de uno de los Estados contratantes a que se refiere el artículo 3, número 1, como sus familiares y supervivientes, estarán equiparados a los súbditos del otro Estado, en los derechos y obligaciones dimanantes de sus disposiciones legales, salvo lo que determine el art. 54.

Art. 45.2. Las autoridades diplomáticas y consulares de carrera de un Estado contratante podrán representar a los súbditos de su propio Estado frente a las autoridades, organismos y tribunales de la Seguridad Social del otro Estado. Para ello no será necesario presentar poder especial.

### *Convenio bilateral Holanda-España de 1974:*

Art. 23.2. Los períodos de seguro cumplidos por súbditos de una de las Partes Contratantes en terceros países serán asimismo tomados en consideración y totalizados con los períodos de seguro cumplidos en los Países Bajos para la apertura del derecho y para el cálculo de las prestaciones de vejez y de supervivencia, siempre que el Estado español haya convenido disposiciones similares con estos terceros países.

Ello provoca la subsistencia en el tiempo de las normas bilaterales respecto a las relaciones aseguratorias nacidas bajo su imperio, aunque hubieran quedado sustituidas por la normativa comunitaria, y en no pocas sentencias de nuestros tribunales advertimos esa pervivencia hasta nuestros días. Impera la retroactividad *in mitius*, a cuya virtud los Reglamentos comunitarios sólo se aplican a las situaciones perfeccionadas durante su vigencia, manteniendo a las anteriores en el tiempo sujetas a la norma precedente, en nuestro caso los convenios bilaterales: el art. 94 del Reglamento 1408/71 declara que sus normas no originarán derecho a prestaciones causado con anterioridad a la fecha de su aplicación en el territorio del Estado miembro interesado, si bien se computan los períodos de cotización cumplidos y los hechos acaecidos antes de su entrada en vigor para reconocer un derecho causado con posterioridad a ella.

Hay algunas excepciones a tan salomónica división. Los Reglamentos se aplican también a las relaciones aseguratorias surgidas al amparo de la legislación anterior si ello beneficia al trabajador; de este modo, la jurisprudencia del TJE ha admitido la extensión de sus normas a contratos de

39. Son, para nuestro país, los siguientes: Convenio Alemania-España de 4 de diciembre de 1973, arts. 4.1 y 45.2; Convenio España Italia de 30 de octubre de 1979, arts. 5, 18.1 y 23; Convenio España-Luxemburgo de 8 de mayo de 1969, art. 5.2; Convenio España-Holanda de 5 de febrero de 1974, art. 23.2; Convenio España-Portugal de 11 de junio de 1969, arts. 4.2, 16.2 y 22.

trabajo terminados antes de la entrada en vigor de los Reglamentos<sup>40</sup>, y sobre todo el propio Reglamento 1408/71 utiliza el *principio de norma más favorable* para permitir una aplicación retroactiva de su contenido: tal vemos en el art. 95.5, por el que quienes antes de la fecha de aplicación del Reglamento hubieran obtenido la liquidación de una pensión o renta podrán solicitar revisarla bajo la regulación de aquél. Para los españoles se plantean retroacciones adicionales a partir de enero de 1986<sup>41</sup>, como resuelve el TJE en el *asunto Yáñez Campoy*, de 13 de noviembre de 1990: las prestaciones abonadas a este español por la seguridad social alemana se hacían conforme al convenio bilateral hispano-alemán en cuantía sensiblemente inferior a la que le correspondería de aplicar la normativa comunitaria, y el TJE la entiende aplicable a partir de la fecha inicial<sup>42</sup>.

En una comparación global, los convenios bilaterales habían llegado a un grado satisfactorio de desarrollo cuando se produce la integración de España en la CEE, por lo que en líneas generales cabe indicar una escasa aplicación retroactiva de las normas comunitarias. En efecto, los países europeos desarrollados conocían tales convenios bilaterales desde antes de la segunda Guerra Mundial, y habían desarrollado técnicas como las de totalización de períodos de seguro y otras de forma satisfactoria. El art. 51 del Tratado de Roma impulsa su expansión a los convenios con países todavía fuera de la CEE como España, en una homogeneización de fórmulas que suaviza la transición. Sin embargo, en ciertos aspectos puntuales nace una clara ventaja con las normas comunitarias, y en concreto con el cómputo de los períodos de seguro en más de dos países: los convenios bilaterales sólo contemplaban por regla general el reconocimiento recíproco de cotizaciones entre ambos países, pero no con países terceros, aunque se encontraran también en la Comunidad, y debían desplegarse dos o más procedimientos paralelos de reconocimiento conforme a otros tantos convenios bilaterales<sup>43</sup>. Al entrar en aplicación la normativa comunitaria, los procedimientos se unifican en uno solo, y —lo que es más importante— entran todos los períodos de carencia en una única suma, permitiendo causar derecho a pensión en muchos casos que antes habían sido denegados<sup>44</sup>.

40. *Asuntos Singer* 44/65, de 9 diciembre 1965; *De Moor* 2/67, de 5 julio 1967; *Ciechelsky* 1/67, de 5 julio 1967; *Bentzinger* 73/1972, de 1 marzo 1973. Sobre el Derecho Transitorio de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social, cf. Rodríguez-Piñero, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Madrid, 1982, 151 ss.; Tantaroudas, *La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE*, París, 1976, 120.

41. Los problemas de la fecha de aplicación del Reglamento para España y Portugal vinieron resueltos por la STJE de 15 de enero de 1986, *asunto Pinna*.

42. Se trataba de subsidios familiares abonados por dos hijos residentes en España; el TJE entendió que debía abonarse al señor Yáñez-Campoy como a los trabajadores alemanes, bajo el principio de igualdad del art. 3 del Reglamento.

43. Las excepciones más importantes eran los períodos de seguro franceses y alemanes, susceptibles de computarse conjuntamente bajo los respectivos convenios bilaterales.

44. A lo que parece, la totalización única europea benefició principalmente a las viudas en sus pensiones de supervivencia.

En igual dirección pero sentido inverso, se respetan hacia el futuro las condiciones más beneficiosas obtenidas de los convenios bilaterales anteriores a las normas comunitarias, como se observa en el *asunto Rönfeldt*, de 7 de febrero de 1991: se aplica el convenio germano-danés de seguridad social para reconocer la pensión de jubilación alemana a un alemán cuyas cotizaciones en Dinamarca bastaban para aquélla, pero no cumplía la edad de jubilación exigida en este último país; lo dispuesto en el art. 48.2 y 51 del Tratado de Roma, señala el TJE, no supone la pérdida de las ventajas resultantes de los convenios bilaterales como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1408/71. No nos hallamos ante el principio de norma más favorable, es decir, en sentido de mantenimiento en vigor para todo trabajador de los convenios bilaterales, sino algo más simple: el reconocimiento de las expectativas de derecho surgidas al amparo de aquellos convenios, el respeto a sus condiciones más beneficiosas para los trabajadores que en algún momento se sometieron a su aplicación.

Los tribunales españoles han debatido a fondo un supuesto de mantenimiento del convenio hispano-alemán tras la entrada en vigor para España de la normativa comunitaria, el del cálculo de la base reguladora en una pensión transfronteriza<sup>45</sup>. En los casos en que un trabajador hubiera cotizado en Alemania y España, suele ocurrir que los salarios alemanes superen las bases máximas españolas en orden al cálculo de la base reguladora. El Reglamento 1408 indica de forma algo oscura en su art. 47.1 g (antes e) que el Estado miembro que calcule las prestaciones sobre una base de cotización media tendrá en cuenta únicamente los períodos de carencia cumplidos en ese Estado. El precepto fue introducido en el Reglamento 1408 por el Tratado de Adhesión de España y Portugal, y a lo que parece a instancias de la primera. Con anterioridad a su entrada en vigor, los tribunales españoles habían aplicado en un principio el convenio bilateral tomando las bases *máximas* españolas cuando los salarios alemanes de referencias los superaban<sup>46</sup>; luego habían cambiado drásticamente en unos casos hacia las bases *mínimas* con la Ley 26/1985, al entender que era aplicable (a nuestro juicio inadecuadamente) su art. 3.4<sup>47</sup>, y en otras hacia las bases *medias*, alegando lo dispuesto en

45. El Convenio hispano-alemán de 1973 siempre ha suscitado «resistencias» en los tribunales españoles, como indica Cebrián Badía, «Campo de aplicación de la Seguridad Social en el ordenamiento comunitario. Pensiones y otras prestaciones», en Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Derecho Social Comunitario*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, 122. No entramos aquí en las dificultades de acompañar una legislación de invalidez tipo A como la española a otra de tipo B como la alemana; cf. al respecto, *infra*, cap. 2, II.1, y Cebrián Badía, «El Convenio Hispano-Alemán de Seguridad Social de 1973»: *Actualidad Laboral* I (1985), § 466; del mismo, «El Derecho Comunitario y los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social»: *Actualidad Laboral* I (1988), § 23.

46. STS de 11 de noviembre de 1986, entre otras.

47. Art. 3.4, Ley 26/1985, de 31 de julio: «Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiera existido la obligación de cotizar,

el art. 3.1 de la misma Ley, pues de otro modo «se produciría una reducción contraria a la equidad, derivada del hecho de haber trabajado en el extranjero»<sup>48</sup>; por último, en unificación de doctrina, la sentencia TS de 25 de febrero de 1992 consideró aplicable el Reglamento 1408 y en concreto su artículo 47 e (ahora g) en pro de las bases *medias*, rechazando la posibilidad de aplicar el tratamiento más favorable del convenio hispano-alemán, en base a la doctrina sustentada en la obsoleta decisión Walder 82/1972, de 7 de junio de 1973<sup>49</sup>.

Al evolucionar el Tribunal Comunitario con el *asunto Rönfeldt* antecitado, resurge la polémica sobre qué norma y qué bases han de tenerse en cuenta. La sentencia TS de 15 de octubre de 1993 tiene en cuenta el cambio de posición del TJE y en función de ella ha acometido la labor de comparar el convenio bilateral alemán con el art. 47 e (ahora g) del Reglamento 1408, concluyendo que no puede considerarse más favorable el convenio, a la vista de su art. 25.1 b, por lo que respalda la posición adoptada en la sentencia en unificación de doctrina. El artículo citado dice así:

Cuando todo o parte del período de cotización elegido por el solicitante se hubiera cumplido en la República Federal, el Organismo competente español determinará dicha base reguladora sobre *las bases de cotización vigentes* en España durante dicho período o fracción para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada.

¿De qué *bases de cotización vigentes* habla el artículo? Deduce el TS que debemos ajustarnos a las bases medias de cotización, y no a las bases

dichas lagunas se integrarán con la base mínima de todas las existentes en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años». Al ingresar España en la Comunidad, los períodos de cotización cubiertos en otros países debían computarse como si se hubieran realizado en España, y no considerarlos como no cotizados. Un caso extremo de esa doctrina, en la STSJ de Baleares de 24 de mayo de 1993 (*Actualidad Laboral* [1994], § 328).

48. Así se expresa la STSJ Galicia, de 3 de diciembre de 1991, en un tenor rastreable en muchas otras, como las SSTSJ Galicia de 21 de febrero y 4 de mayo de 1990, 14 de febrero, 28 de junio y 25 de septiembre de 1991. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia en torno al convenio hispano-alemán, en Fernández de la Mata, «Cálculo de la base reguladora de las prestaciones de vejez en España, cuando sea preciso totalizar períodos cotizados en dos o más países comunitarios. Sistema previo y posterior a la integración de España en la CEE», en Consejo del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Social Comunitario*, Madrid, 1992, 381 ss.

49. En Walder, el TJE afirmaba: «Los Reglamentos del Consejo n.º 3 y (CEE) n.º 1408/71 sustituyen, en lo que respecta a las personas a las que se aplican, a los convenios de seguridad social concluidos entre Estados miembros que no se han mencionado, respectivamente, en los arts. 6 y 7 o en los anexos D y II de estos Reglamentos, y ello aunque la aplicación de estos convenios implique, para el beneficiario de las prestaciones, ventajas superiores a las que derivan de los citados Reglamentos». Una doctrina intermedia vino aún mantenida, entre otras, por SSTS de 30 de diciembre de 1989 y 8 de enero de 1990, considerando aplicable el art. 47.1 b y, en gracia al mismo, los salarios medios fijados anualmente por el INEM, y no las bases medias. Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia y de la entidad gestora en la materia, cf. STSJ Galicia de 30 de septiembre de 1992 (*Relaciones Laborales II* [1992], § 860).

máximas, porque el convenio bilateral se aprobó en unos tiempos en que regían las «bases tarifadas», cuya sustitución por el sistema actual de cotización ha generado una visible laguna normativa. Añade ambiguamente que de aceptarse las bases máximas se ejercería una doble influencia «no enteramente justificada», de una parte en el cálculo de la pensión alemana y de otra en la elección de las bases máximas de cotización españolas. Sin embargo, y respecto a lo primero, son precisamente las bases medias las que no existen en la normativa actual sobre cotización, sino las mínimas y máximas para los once grupos reconocidos, y el sumatorio promediado del art. 3 en la Ley 26/1985. Y no lejos del artículo 25 se encuentran en el convenio bilateral disposiciones a cuyo tenor la pensión transfronteriza debe reajustarse al alza cuando en alguno de los dos países se generó una cotización elevada, como por ejemplo sucede en los diversos casos contemplados en el art. 23<sup>50</sup>. El TS parece estar influido por las normas sobre pensiones nacionales de la Ley 26/1985 en su interpretación del sistema bilateral, algo bastante discutible porque nos hallamos ante una pensión transfronteriza. Respecto a lo segundo, también las bases medias influyen doblemente sobre las pensiones del interesado, pues cada institución competente ha de totalizar los períodos de seguro cumplidos en ambos países para calcular su parte de pensión transfronteriza, pero con ello se observa la mecánica exigida por el convenio bilateral, y actualmente por el Reglamento 1408. El TS parece olvidar que la legislación comunitaria y el TJE defienden el cúmulo de pensiones, de tal modo que un trabajador transfronterizo puede llegar a ostentar varias pensiones simultáneamente, como veremos en el capítulo 2, epígrafe iv. 2.

En una interpretación contextual del convenio debería haber aceptado un ajuste a las bases máximas de cotización cuando lo cotizado en

50. En caso de tener derecho a una o a dos pensiones nacionales (dice el art. 23), y una o ambas fueran superiores a la pensión hispano-alemana —o transfronteriza— contemplada en el Convenio, ésta se incrementará hasta alcanzar la cuantía de la prestación nacional de mayor cuantía. Pero si en esta operación desbordara la propia pensión nacional, quien pagará el exceso será la institución competente del otro Estado. Su tenor literal es el siguiente: «1. Cuando independientemente de lo que determina el apartado 2 del artículo 22, una persona tuviera derecho a pensión conforme a las disposiciones legales de ambos Estados contratantes y la pensión en uno o en ambos Estados contratantes fuera superior al importe de la suma de las pensiones calculadas conforme al apartado 3 del artículo 22, dicha persona tendrá derecho a que el referido importe se incremente con la diferencia entre el mismo y el de la pensión de cuantía más elevada.

»2. En los casos del apartado 1 del presente artículo, los Organismos competentes de ambos Estados contratantes vendrán obligados a satisfacer al interesado el incremento calculado conforme a la proporción establecida según el artículo 22, apartado 3, letra b, pero sin que en ningún caso pueda sobrepasar el importe de la pensión que a dicho Organismo le hubiera correspondido conceder conforme a las disposiciones legales internas, sin considerar lo dispuesto en el art. 22, apartado 2. En el supuesto de que la suma del incremento a cargo del Organismo competente de un Estado contratante sea superior a la cuantía a la que el interesado pudiera tener derecho según las disposiciones legales internas de este Estado contratante, el organismo competente del otro Estado contratante vendrá obligado a satisfacer a su cargo el importe de la demasía resultante».



Alemania —sólo en este caso— excediera de la horquilla española. En consecuencia, consideramos su interpretación del convenio hispano-alemán como restrictiva, provocando indirectamente su inaplicación sobre los beneficiarios, con consecuencias discriminatorias para los mismos que deberían ser examinadas por el TJE<sup>51</sup>.

Los demás convenios bilaterales con países «deudores» se aproximan bastante al acabado de ver, aunque sin la matización de las bases máximas. Fernández de la Mata equipara al alemán los convenios con Holanda y con Gran Bretaña<sup>52</sup>, y tampoco se alejan mucho el francés y el belga, habiendo de estarse al italiano, al portugués o al luxemburgués—todos ellos fuera del circuito privilegiado de la emigración— para encontrar soluciones distintas.

España ha vuelto a introducir una modificación en el Reglamento 1408 en 1992, quizá insatisfecha con la aportada en 1986. En el Anexo VI del mismo, letra D, un nuevo apartado 4 concreta el sistema español de cálculo de la base reguladora para las pensiones europeas. Analizaremos sus peculiaridades *infra*, en el epígrafe IV.2. Pero quienes se hubieran beneficiado del convenio hispano-alemán siempre podrán reclamarlo como más beneficioso, conforme a la doctrina Rönfeldt.

### III. PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS. LA «INSTITUCIÓN COMPETENTE»

*El caso José G.* Emigra a Holanda en 1973, y en 1981 la Seguridad Social holandesa le reconoce una incapacidad laboral de 80-100, con pensión del 80 por 100. Dos años más tarde la entidad gestora holandesa pide al INSS español que efectúe al pensionista un reconocimiento médico para comprobar la evolución de la incapacidad; insisten dos meses después, y de nuevo tres meses más tarde, y tras otros cinco meses comunican al pensionista que se interese él mismo ante el INSS, pues de no efectuarse el reconocimiento en los dos meses siguientes le suspenderían la pensión. Efectuado el reconocimiento, cuatro meses más tarde le realizan en Amsterdam un nuevo reconocimiento médico, tras el cual deciden retirarle íntegramente la pensión en 1985. El afectado se dirige a la agregaduría laboral española en La Haya para que apele en su nombre la decisión holandesa en el plazo legal de 30 días. Al no obtener noticias, en 1987 hace indagaciones y averigua que el plazo transcurrió sin que la agregaduría hubiera interpuesto el recurso.

Lo anterior nos pone en relación con un problema básico de la pensión transfronteriza en el funcionamiento de la actividad prestacional. Al

existir varias instituciones competentes implicadas, bien porque la prestación se encuentra prorrateada entre ellas, bien porque se paga por la institución deudora de un país y se controla con la ayuda de la institución del país de estancia o de residencia, se entreteje un mosaico de actuaciones administrativas en donde quizá intervengan múltiples organismos de cada Estado. Ciertos países ofrecen un agobiante panorama de instituciones competentes: Francia, por ejemplo, ofrece sesenta y tres de ellas sólo para los territorios metropolitanos, sin contar los establecidos para los territorios de ultramar, y la disciplinada Alemania señala por su parte cuarenta, con sus correspondientes circunscripciones y oficinas territoriales. Nuestro país ofrece una encomiable simplificación y unificación administrativa, sin que sea óbice para una fuerte descentralización gestora: sólo considera como instituciones competentes a las Direcciones Provinciales del INSS, del Instituto Social de la Marina y del INEM, a tenor del régimen y la contingencia de que se trate, y como organismo de enlace al INSS<sup>53</sup>. De la absurda complejidad con que se expresan los Reglamentos comunitarios da muestra, no obstante, el texto donde a renglón seguido se consignan las instituciones competentes españolas para determinados aspectos puntuales, modelo de síntesis en comparación con los referentes a los demás países miembros:

#### ANEXO 10 DEL REGLAMENTO 574/72

##### *Instituciones y Organismos designados por las Autoridades competentes*

##### D) ESPAÑA

1. Para la aplicación del apartado 1 del artículo 6; de los apartados 2 y 3 del artículo 13; de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 14; del apartado 2 del artículo 102; del artículo 110 y del apartado 2 del artículo 113 del Reglamento de aplicación: Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid.

2. Para la aplicación del apartado 1 del artículo 11, del artículo 11 bis, del artículo 12 bis, del apartado 1 del artículo 38, del apartado 1 del artículo 70, del apartado 2 del artículo 80, del artículo 81, del apartado 2 del artículo 82, del apartado 2 del artículo 85 y del apartado 2 del artículo 86 del Reglamento de aplicación:

- a) Todos los regímenes excepto el especial de los trabajadores del mar: Direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- b) Régimen especial de los trabajadores del mar: Instituto Social de la Marina, Madrid.

51. Fernández de la Mata (*Cálculo de la base reguladora*, cit., 390) considera también aplicable el Convenio hispano-alemán como más favorable, aunque sin aportar argumentos.

52. *Op. cit.*, 390.

53. Reglamento 574, Anexos II y IV; en el I se designa como Autoridad competente española al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Estamos seguros de que los once prolijos Anexos del Reglamento de aplicación 574/72, ocasionados por el art. 4 del mismo, podrían simplificarse grandemente, en una modificación que por no afectar a los niveles aseguratorios podría adoptarse por mayoría del Consejo, o delegarse por éste en la Comisión.

Apenas existen reivindicaciones de las Comunidades Autónomas sobre transferencia de competencias gestoras, pese a existir cauces en la Constitución que discutiremos más abajo.

Las instituciones competentes no son exclusivamente centrales, sino más bien territoriales. Dejando a un lado la *autoridad competente*, que suele ser un órgano u organismo estatal, la gestión directa de las pensiones se lleva por *instituciones competentes* muy desconcentradas e incluso descentralizadas, que van desde las regiones hasta los entes locales. Incluso algunos procedimientos básicos se encuentran encomendados a los Ayuntamientos, como sucede con las certificaciones de residencia que tan importante papel juegan en el reconocimiento de pensiones: así ocurre con los Ayuntamientos holandeses, conectados entre sí por una densa red informática que permite conocer de inmediato los períodos de residencia cumplidos en cada uno de ellos, o en los Ayuntamientos belgas, los cuales se encargan además de tramitar las reclamaciones de sus convecinos en materia de seguridad social..., planteando problemas a los antiguos trabajadores migrantes que vuelven a ese país tras largos años de ausencia para gestionar algún aspecto de su pensión belga<sup>54</sup>.

En buena parte de los países comunitarios, además, la administración directa de la seguridad social se encuentra en manos de personas jurídicas de Derecho Público, cuyos órganos de gobierno se integran con representantes de los asegurados y de los empresarios a partes iguales<sup>55</sup>, y sobre las cuales planea a su vez la tutela o supervisión federal y estatal<sup>56</sup>. Veamos por ejemplo el caso belga: según Clesse y Neuprez, por debajo de la Oficina Nacional de Seguridad Social (ONSS) y de los «establecimientos públicos autónomos» colocados al frente de cada sector aseguratorio<sup>57</sup>,

numerosas asociaciones privadas de carácter político o filosófico participan en la gestión de ciertos sectores. En el sector de las prestaciones familiares por ejemplo, se trata de Cajas constituidas bajo la forma de asociaciones sin ánimo de lucro (ASBL) que reciben las peticiones de afiliación de los empleadores y que distribuyen a los empleados las prestaciones que pueden eventualmente pretender. En el sector del desempleo, son Cajas privadas, ligadas estrechamente a los sindicatos de trabajadores, las que pagan las prestaciones. La responsabilidad de estas asociaciones no es escasa: las sumas manejadas anualmente por los organismos de pago de prestaciones de desempleo superan los cien mil millones de francos belgas. El sector del seguro de enfermedad-invalididad se encuentra igualmente afectado por este fenómeno: los organismos encargados de distribuir las ventajas de este régimen son sociedades mutualistas, federadas a nivel nacional y cuya pertenencia al movimiento demócratacristiano, liberal o socialista se muestra ya en las denominaciones.. Un riesgo profesional escapa en todo caso a este esquema general: se trata del sector de los accidentes de trabajo. El seguro contra accidentes de trabajo está en efecto exclusivamente confiado a la gestión privada. Se trata de sociedades de seguros a prima fija o de Cajas comunes de seguros las que cubren este riesgo. Los Fondos de Accidentes de Trabajo (FAT), organismo de derecho público, no intervienen para indemnizar a la víctima o sus herederos sino cuando el empleador ha suscrito la póliza de seguro obligatoria con una compañía privada<sup>58</sup>.

El trabajador no va a sufrir directamente los efectos de tan enorme complejidad. En una encomiable iniciativa, los Reglamentos comunitarios determinan que la *institución instructora*, entendiendo por tal la institución competente del país donde se produce el hecho causante<sup>59</sup>, se encarga de recibir la solicitud del interesado —quien puede enviársela directamente o presentarla ante la institución competente del país donde reside— y de distribuirla a las demás instituciones competentes, así como de recibir la documentación procedente de ellas, para finalmente enviar la decisión final al solicitante en el idioma de éste, con una nota de recapitulación<sup>60</sup>. Pese a todo, en él repercutirá la lentitud burocrática derivada del prolijo sistema acabado de exponer.

Hemos dicho que las posibilidades de reforma podrían venir de un mayor dinamismo que le prestara la Comisión, por delegación del Consejo. A diferencia de éste, que es un órgano expresivo de la voluntad de los países miembros, la Comisión manifiesta una voluntad co-

54. Bélgica puede plantear problemas adicionales con el sistema federal que se anuncia como estructura del Estado. Sus repercusiones en la seguridad social, en FEC, *La Sécurité Sociale*, 14/1.

55. En Alemania, candidaturas presentadas por las asociaciones sindicales y patronales para mandatos de seis años de duración.

56. Pieters *et al.*, *Introducción al Derecho*, 91 ss. La situación es similar para Bélgica, como señalan los mismos autores, *ibid.*, 53. Gitter, *Sozialrecht*, 59-60, señala el diferente papel del Sozialversicherungsträger frente a las prestaciones aseguratorias y los subsidios sociales: respecto a los primeros no sustituye o enerva la actuación de los poderes públicos, mientras que en los segundos, sí, a virtud del principio de subsidiaridad (Eingeschränkte Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip).

57. INAMI en el de enfermedad-invalididad; ONEM en el de empleo; ONP en el de pensiones de vejez; FMP en el de enfermedad profesional; ONAFS en el de prestaciones familiares; ONVA en el de vacaciones anuales: *Le Droit Social en Belgique*, 187.

58. Clesse y Neuprez, *op. cit.*, 187.

59. Más concretamente, la del Estado a cuya legislación estaba sometido en el momento en que le sobrevino la incapacidad seguida de invalidez, o la agravación de la misma: arts. 35 y 41, Reglamento CEE 574/1972.

60. Art. 48, Reglamento CEE 574/72. Si la solicitud se presentara en la institución competente del lugar de residencia o estancia, se remitirá de oficio a la institución instructora.

*munitaria* y pondría mayor tesón en impulsar unas reformas unitarias o al menos una aproximación de las legislaciones. En su labor recibiría el apoyo del único organismo experto con que cuenta la Unión Europea para los asuntos de la Seguridad Social: la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, contemplada por los arts. 80 y 81, R.1408/71. Si bien hasta el momento su actividad principal consiste en desempeñar las labores de una gigantesca oficina traductora de peticiones y documentos para las instituciones nacionales<sup>61</sup>, tiene a su cargo la interpretación administrativa de los Reglamentos comunitarios en la materia, a un promedio exiguo de unas tres decisiones por año<sup>62</sup>; además es consultada por la Comisión antes de proponer al Consejo las normas comunitarias de seguridad social; y tiene asignada como una de sus tareas, en fin, el someter a la citada Comisión propuestas encaminadas a la elaboración de reglamentos ulteriores, así como a la revisión del 1408/71 y de los ulteriores. Parece oportuno potenciar este organismo que vegeta, según las informaciones recibidas, ensimismado en su labor traductora y en sus lánguidas reuniones trimestrales.

#### IV. EL IMPORTANTE PAPEL DEL ASOCIACIONISMO

Hemos mencionado en el epígrafe anterior el cúmulo de entes públicos y privados encargados de la gestión de las pensiones comunitarias. Habríamos de añadir algunas líneas sobre las asociaciones privadas y las instituciones que auxilian, en el amplio sentido de la palabra, al trabajador migrante y a dichas entidades gestoras y colaboradoras para llevar a buen término su cometido.

El papel principal en la labor de asistencia corresponde sin lugar a dudas a los sindicatos de trabajadores. En los países de acogida de emigrantes los sindicatos se hallan bien organizados y han asumido hace tiempo un papel dinamizador de las prestaciones aseguratorias, cuando no intervienen directamente en la gestión de algunas de ellas, como en las de desempleo. La mayoría de los trabajadores migrantes se encuentran afiliados a algún sindicato, y cuando se produce el hecho causante de la

invalidéz o la vejez acuden al departamento sindical habilitado al efecto, que muestra una aceptable diligencia en la tramitación. Sólo los ancianos o quienes abandonaron el país para volver al de origen acuden a las asesorías laborales de las embajadas, espolcados por la gratuidad de la asistencia y por el idioma común.

Las embajadas cumplen una encomiable labor de asistencia a través de las consejerías laborales y de sus asesores, pese a que en los últimos años se ha reducido su número a la mitad. Quien escribe puede atestiguar el entusiasmo, casi vocacional, de esos asesores en la información, tramitación y hasta defensa ante los tribunales de los casos que le llegan. A despecho de no contar con conocimientos jurídicos<sup>63</sup> se mueven con soltura ante las instituciones competentes y los tribunales del país comunitario donde ejercen su actividad, razón por la cual mantienen unas relaciones a veces difíciles con los sindicatos locales, a cuyos ojos aparecen como competidores<sup>64</sup>.

Funcionarios especializados del INSS y del Instituto Español de Emigración mantienen un permanente contacto con las asesorías laborales de las embajadas, así como con los emigrantes retornados titulares de pensiones comunitarias. Para ellos, igual que para los asesores laborales, el principal enemigo es la reducción del ámbito de competencias: pues mientras para los asesores laborales cuanto sucede en los demás países comunitarios escapa de sus atribuciones y quizá de sus conocimientos, para los funcionarios del INSS en las Direcciones provinciales del organismo los límites se encuentran en la contingencia que gestionan, invalidéz o vejez.

Asociaciones muy nutridas de emigrantes retornados se han constituido en los últimos años, con el apoyo de organismos oficiales, como fórmulas de autodefensa<sup>65</sup>. A lo que parece, se nutren de los emigrantes retornados durante los años de crisis que van cumpliendo la edad para la pensión de jubilación, y en algún caso cuentan con asesores competentes dedicados exclusivamente al asesoramiento de sus afiliados y gestión y resolución de los aspectos aseguratorios.

61. La Comisión Administrativa resuelve cuestiones administrativas o de interpretación, dispone la traducción de cualquier documento relacionado con el Reglamento 1408/71, a petición de las instituciones, autoridades y jurisdicciones competentes de cada país, y en especial las traducciones de peticiones presentadas por personas que pueden beneficiarse del Reglamento, promover la colaboración entre Estados y someter a la Comisión propuestas de ulteriores Reglamentos: art. 81, R. 1408/71.

62. Las primeras 71 decisiones quedaron sin efecto por la entrada en vigor del Reglamento 1408/71. De las posteriores, que suman otras setenta aproximadamente, al menos 22 han quedado modificadas o sustituidas por otras decisiones posteriores. Véase Comisión de las Comunidades Europeas, *Recopilación de disposiciones comunitarias*, 175-177.

63. Sólo la embajada de Alemania cuenta con un asesor licenciado en Derecho, el señor Rojas Castro, cuyas publicaciones en materia de Seguridad Social transfronteriza tendremos ocasión de citar repetidamente en esta obra. Cabe citar también algunos diplomados en Graduado Social que asesoran en Francia. El resto de los asesores laborales de las embajadas españolas en los países comunitarios son funcionarios cualificados del Ministerio de Trabajo, ahora transferidos al Ministerio de Asuntos Exteriores.

64. Su actuación jurídica la trataremos en el último capítulo de esta obra.

65. En Madrid funciona la más importante, «Apoyar», desde mediados los años 80. A ella se suman las asociaciones de emigrantes retornados de Granada, San Fernando (Cádiz), Cantabria y Canarias. La granadina AGER, por ejemplo, se constituyó en 1988 y cuenta actualmente con 1.850 socios. La más reciente es la canaria UERCA. En Sevilla se encuentra asimismo otra en trámite de constitución.

¿Y las Comunidades Autónomas, sobre todo aquellas de donde provienen la mayoría de los emigrantes? La intensificación de los problemas aseguratorios de los retornados ha despertado un interés hasta el momento escaso, que topa con las dificultades de la atribución de las competencias migratorias al Estado. Las regiones que tienen atribuidas competencias en tema de salud han entrado más rápidamente en escena porque los reconocimientos y revisiones de los inválidos retornados se les asignan por conducto de las Direcciones provinciales del INSS, como veremos en el capítulo 3. Topan, además, con la oscuridad de la legislación comunitaria y la ausencia de un cuerpo cualificado de expertos que pudieran orientar las iniciativas: probablemente los más cualificados dentro de la Administraciones autonómicas sean los inspectores médicos de las Unidades de valoración médica de incapacidades que atienden a los inválidos retornados.

A nuestro juicio, es urgente formar un núcleo cada vez más amplio de especialistas en materia de Seguridad Social comunitaria, surgido de cursillos o cursos universitarios, en un esfuerzo que compete por igual al Estado y a las Comunidades Autónomas con fuertes núcleos de emigración. Ante el particularismo o segmentación de los asesores y funcionarios dedicados a la materia en las diversas Administraciones, se trataría de formar a *generalistas* entendidos en el conjunto de los Reglamentos 1408 y 507 y de las legislaciones nacionales de Seguridad Social, un objetivo lento cuyas premisas —los docentes y la financiación de los cursos— plantean dificultades no pequeñas.

## Capítulo 2

### PENSIONES DE INVALIDEZ

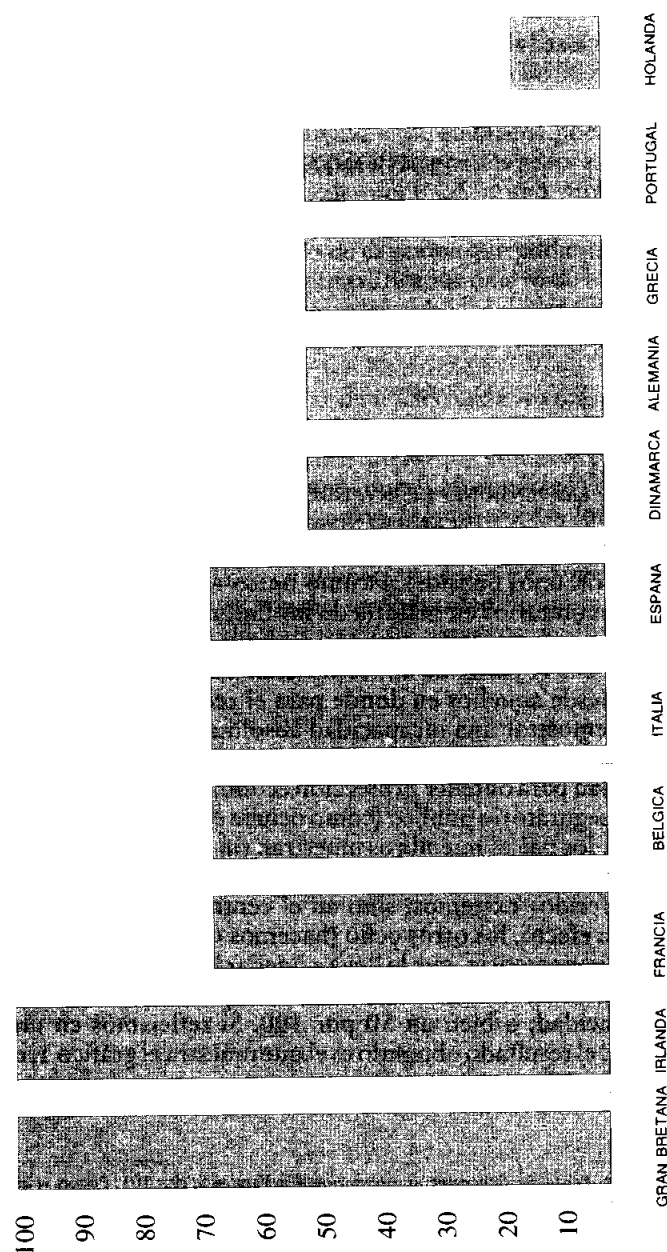
#### I. LAS PENSIONES DE INVALIDEZ EN LOS PAÍSES COMUNITARIOS: UN ABISMO NUNCA BIEN ASIMILADO

Quizá podríamos considerar como único rasgo común de los diversos países comunitarios en materia de invalidez el que en todos ellos se reconoce alguna prestación económica por la Seguridad Social durante tal contingencia. A partir de ahí comienzan las variantes entre unos países y otros, desde aquellos en donde para el reconocimiento de pensión se precisa demostrar una incapacidad absoluta para toda profesión (tal es el caso de Gran Bretaña<sup>1</sup>) a aquellos otros donde basta un 15 por 100 de incapacidad para obtener protección económica —si bien modesta— del sistema aseguratorio público (como ocurre en Holanda<sup>2</sup>). Tomados en su conjunto, los países miembros muestran sin embargo una notable proximidad por el hecho de que la invalidez mínima pensionable no se sitúa en los referidos extremos, sino en el centro, con la excepción de tres países. En efecto, los otros ocho (hacemos omisión de Luxemburgo por su escasa importancia, que le lleva a quedar fuera prácticamente de todas las fuentes de información consultadas) requieren o bien un 66,6 por 100 de incapacidad, o bien un 50 por 100. Si reflejamos en un gráfico la situación, el resultado obtenido es el que muestra el gráfico 1, en la página siguiente.

1. VDR, *Rentenversicherung im internationalen Vergleich*, cit., 101; Pieters *et al.*, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, cit., 189.

2. Para los asalariados: para los simples residentes en el país, la invalidez pensionable comienza a la altura del 25%: MISSOC, *Social Protection in the Member States of the Community*, cit., 91.

Gráfico 1. PORCENTAJE DE INVALIDEZ MÍNIMA PARA DERECHO A PENSIÓN



A primera vista parece, consiguientemente, como si no fuera muy difícil la equiparación de los mínimos en toda la Unión Europea, al menos para los países situados en las franjas intermedias, que son la mayoría; Gran Bretaña, Irlanda y Holanda quizá se mostraran reacias a participar en la aproximación, no en base a la conocida idea de la libre competencia, sino porque la primera tendría dificultades para abordar el costo económico derivado de la uniformación de mínimos, y la última afrontaría serias resistencias de su población laboral y de los sindicatos al intentar disminuir su nivel de cobertura aseguratoria.

No acaban ahí los problemas de una hipotética armonización, pues el concepto cualitativo de invalidez pensionable difiere de un país a otro. La distinción básica se encuentra entre los que acogen el concepto de incapacidad *profesional* y los que optan por el de incapacidad *de ganancia*, ambos conceptos referidos al elemento de comparación con el cual se debe contrastar la capacidad restante del trabajador<sup>3</sup>, que en el primer caso será su cualificación profesional adquirida y en el segundo sus aptitudes generales, que en el caso de Bélgica, por ejemplo, obligan a tener en cuenta su condición, su estado de salud y su formación<sup>4</sup>. Como dice Bley, la diferencia entre una y otra reside básicamente en que el punto de referencia va a ser, ya la profesión desempeñada hasta ahora por el inválido, ya todo el ámbito profesional en su conjunto, el mercado laboral general<sup>5</sup>. Y aunque la incapacidad de ganancia permite un mejor ajuste a las condiciones restantes del individuo al tener en cuenta todos los factores posibles de medición<sup>6</sup>, su propensión a los abusos ha hecho modificar la legislación italiana. En efecto, la Ley italiana 222/1984 abandonó el concepto de capacidad de ganancia por el de capacidad profesional porque a la primera se imputaba, en palabras de Cinelli, gran parte de la culpa por las «dificultades financieras del INPS, la indebida e improductiva *elargizione* del dinero público, las operaciones de tipo clientelar, la propagación de la *cultura del asistencialismo*, la inoportuna

3. Sobre el *Ausgleichstatbestand*, definido por Bley como supuesto vital tipificado existente en una situación de necesidad individual y que muestra la diferencia entre dos situaciones, la concreta-actual del afectado y la o bien hipotética-actual que disfrutaría el afectado en circunstancias normales o bien la necesaria según ley, *Sozialrecht*, 47-48.

4. Clesse y Neuprez, *Le Droit Social en Belgique*, cit., 196. La comparación se efectúa entre el afectado y «una persona de la misma condición y de la misma formación». FEC, *La Sécurité Sociale*, F10/1. Parecidamente la definición de inválido profesional (*berufsunfähig*) del § 43.2 SGB VI alemán: asegurado cuya capacidad de ganancia ha disminuido más de la mitad en relación con el asegurado sano de cuerpo, mente y espíritu con similar formación y conocimientos y capacidades equivalentes. Por su parte, el § 44.2 VI contiene la definición del inválido ganancial (*erwerbsunfähig*): asegurado incapaz de ejercer una actividad remunerada con regularidad, o de pretender una retribución laboral o ingresos del trabajo que superen a un séptimo de los ingresos medios (*Bezugsgrösse*).

5. *Sozialrecht*, 199.

6. «Presupone la valoración no sólo de las aptitudes psicofísicas del sujeto protegido, sino también de la influencia ejercida por el contexto socio-económico en el que el interesado está destinado concretamente a actuar»: Cinelli, *Diritto della Previdenza Sociale*, cit., 233.

imbricación entre previsión y asistencia»<sup>7</sup>. Problemas quizá resueltos cuando ambas definiciones se sitúan en distintos niveles de incapacidad, como sucede en Alemania, donde el primer nivel corresponde a la profesional (equivalente, en tal caso, a la total de la legislación española)<sup>8</sup> y el segundo a la de ganancia.

#### TIPO DE INCAPACIDAD EN LA INVALIDEZ PENSIONABLE MÍNIMA

INCAPACIDAD PROFESIONAL	INCAPACIDAD DE GANANCIA
Gran Bretaña	Francia
Irlanda	Bélgica
Italia	Dinamarca
España	Grecia
Alemania	Holanda
	Portugal

Volviendo al gráfico anterior a este cuadro (gráfico 1) surgen en él claramente algunas de las principales dificultades denunciadas por los trabajadores migrantes en orden a las pensiones. Algunos países califican por ejemplo la incapacidad total para la profesión habitual a partir del 50 por 100 de disminución, mientras otros lo hacen sólo a partir del 66,6 por 100 y ajustan la cuantía de las pensiones al nivel de minusvalía exigido. Como veremos con más detenimiento en el capítulo siguiente, ello implicará confusiones y malos entendidos entre las instituciones competentes, pues los países más rigurosos arrastrarán a los menos; en otras palabras, el rechazo de un país «del 66,6 por 100» (España, Italia, Bélgica, Francia) a la solicitud de prestaciones, al considerar que el peticionario no sufre la disminución requerida para las prestaciones por invalidez profesional, espolea a las instituciones competentes de los países «del 50 por 100» (Dinamarca, Alemania, Grecia, Portugal) para negar reflejamente la pensión.

Semejantes dificultades han hallado solución parcial en el Reglamento 1408/71 por cuanto su Anexo V proporciona un listado de *equivalencias* por desgracia incompleto, en el cual hallamos las concordancias de los niveles de invalidez entre Francia, Bélgica, Italia y Luxemburgo. Una opinión extendida en la Dirección General V de la Comisión se orienta a considerar la insuficiencia notoria de ese Anexo originada en la consciente voluntad de los restantes países de quedar al margen de las con-

cordancias consagradas, teniendo en cuenta que a tenor del art. 40.4 R.1408/71 la decisión que tome la institución competente de un país miembro sobre el estado de invalidez del solicitante será respetada por la institución de cualquier otro país miembro afectado, siempre que la concordancia de los requisitos referentes al estado de invalidez entre las legislaciones de ambos Estados esté reconocida en el Anexo V.

Si por debajo de un cierto umbral de incapacidad no se tiene derecho a pensión<sup>9</sup>, asimismo decae el derecho cuando no se ha cubierto un período mínimo de seguro o de residencia en el país correspondiente. Si bien la exigencia desaparece casi siempre, no obstante, cuando la invalidez proviene de accidente de trabajo o enfermedad profesional, variante en la que por el momento no vamos a detenernos.

El mayor bloque de países comunitarios se encuentra en torno a cinco años (es decir, 60 meses) de carencia, como vemos en el gráfico de la página siguiente (gráfico 2).

Como en tantas otras ocasiones, Holanda destaca por su amplia protección, al reconocer prestaciones a todo trabajador y/o residente en el país. Para los demás Estados, el período mínimo consiste en un tiempo de cotización, excepto en Dinamarca, que consiste en tres años de residencia.

Veamos ahora las cuantías mínimas de las pensiones en los países miembros. Las fórmulas y la complejidad de los elementos aleatorios reconocidos a ciertos grupos de trabajadores por cada Ordenamiento hacen prácticamente imposible escapar de los errores, que aceptamos desde ahora. Aquí preferimos, más que indicar meramente las fórmulas, ejemplificar en un supuesto hipotético la cuantía material de la pensión. Supongamos a un trabajador soltero al que se le declara una invalidez pensionable mínima después de 25 años de cotización y de haber percibido durante todo el tiempo un salario de 100.000 pesetas. Las fórmulas a aplicar son las siguientes:

En *Gran Bretaña* se abonan 52 libras por semana, amén de una asignación variable, la cual llega a 6,90 libras semanales para los trabajadores entre 40 y 49 años, y una pensión adicional en proporción al salario<sup>10</sup>.

En *Irlanda* se pagan 56,4 libras irlandesas por semana.

En *Bélgica* correspondería una pensión del 40 por 100 de su salario, pero existe una pensión mínima de 939 francos belgas diarios, que será la que adoptemos en nuestro ejemplo.

En *Francia* se presentan tres grupos de inválidos: quienes pueden aún trabajar (grupo 1), que perciben el 30 por 100 del promedio salarial de los últimos diez años; quienes no pueden trabajar, que perciben el 50 por

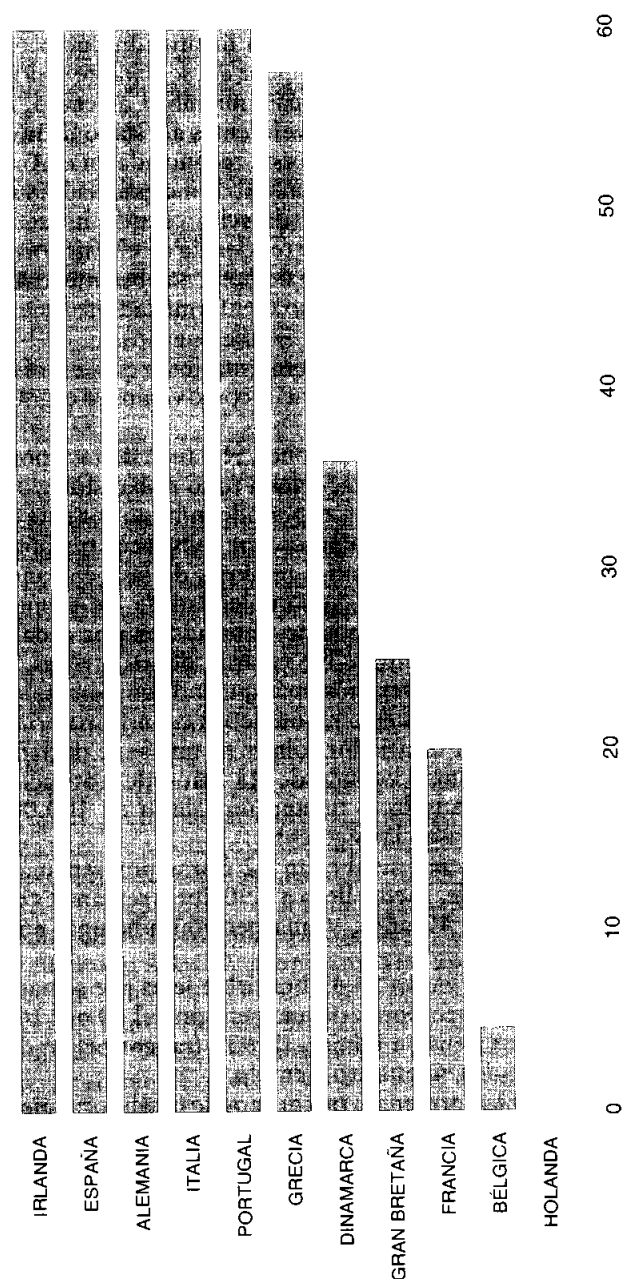
7. *Diritto della Previdenza Sociale*, cit., 231.

8. En la profesional se está a la profesión actual del peticionario, y en caso de varias, a la más alta, en un esquema de tres niveles (*Dreistufenschema*) elaborado por el Tribunal Federal de Trabajo, el cual distingue entre *anerkannte Lehrberufe* (con estudios teóricos superiores a 2 años), *anerkannte Anlemlerufe* (con estudios principalmente prácticos e inferiores a dos años) y *ungelernte Tätigkeiten* (aprendizaje de experiencia): Bley, *Sozialrecht*, 192.

9. Aunque se pueda causar derecho a una cantidad a tanto alzado, como sucede en España con la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.

10. Pieters, «Consecuencias del mercado único...», cit., 189; MISSOC, *op. cit.*, 92, VDR, *op. cit.*, 74.

Gráfico 2. PERÍODOS MÍNIMOS DE SEGURO, EN MESES, PARA PENSIÓN DE INVALIDEZ



100 (grupo 2), y quienes requieren de otra persona para sus funciones vitales (grupo 3), que perciben la pensión del grupo 2 incrementada en un 40 por 100. Nuestro hombre percibirá la pensión del grupo 1<sup>11</sup>.

En *Italia* se emplea la fórmula:  $2\% \times n \times E$ , siendo «n» el número de años cotizados y «E» el salario promedio de los últimos cinco años (los cuatro primeros actualizados)<sup>12</sup>.

En *España*, como sabemos, se utiliza un complejo «sumatorio» en donde la base reguladora consiste en el promedio salarial de los últimos ocho años, y el tipo o porcentaje en el 55 por 100 para la invalidez pensionable de menor grado.

En *Dinamarca*, la prestación debida a nuestro trabajador corresponde al concepto «pensión anticipada general incrementada», pues le suponemos por debajo de los 60 años<sup>13</sup>, por lo cual deberá percibir una pensión básica de 45,396 coronas por año, más un suplemento de 11,676 coronas por año, y una pensión de retiro anticipado de 10,560 coronas anuales.

En *Alemania* se utiliza la fórmula:  $1\% \times n \times E \times c$ , en donde «n» consiste en el número de años de seguro, «E» los ingresos medios generales que en 1992 han sido de 45,889 marcos, y «c» el coeficiente individual, o relación entre sus ingresos propios y los medios generales en cada año, con un tope máximo de 2 puntos. Asignaremos a nuestro trabajador el coeficiente 1.

En *Grecia*, una incapacidad entre el 50 y el 60 por 100 percibe el 75 por 100 de la pensión de vejez<sup>14</sup>, consistente en una cuantía básica en proporción inversa a la retribución de entre el 70 y el 30 por 100, más un suplemento del 1 por 100 por cada 300 días cotizados por encima de los 3.000 días<sup>15</sup>. Supondremos a nuestro trabajador un 50 por 100 de cuantía básica, a lo que habrá de añadirse el 15 por 100 más por los 25 años cotizados.

En *Portugal* consiste en el 2,2 por 100 de cada año cotizado, lo cual equivale al 55 por 100 de la retribución percibida por nuestro hipotético trabajador<sup>16</sup>.

En *Holanda*, la mínima pensión se sitúa en el 14 por 100 de los salarios percibidos, correspondiendo a la invalidez del 15 al 25 por 100.

Veamos ahora plásticamente el resultado de cuanto hemos expuesto, comparándolo gracias a un gráfico complejo (gráfico 3) con la invalidez mí-

11. Cf. Pieters *et al.*, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, cit., 131; MISSOC, *op. cit.*, 92; VDR, *Rentenversicherung*, cit., 74.

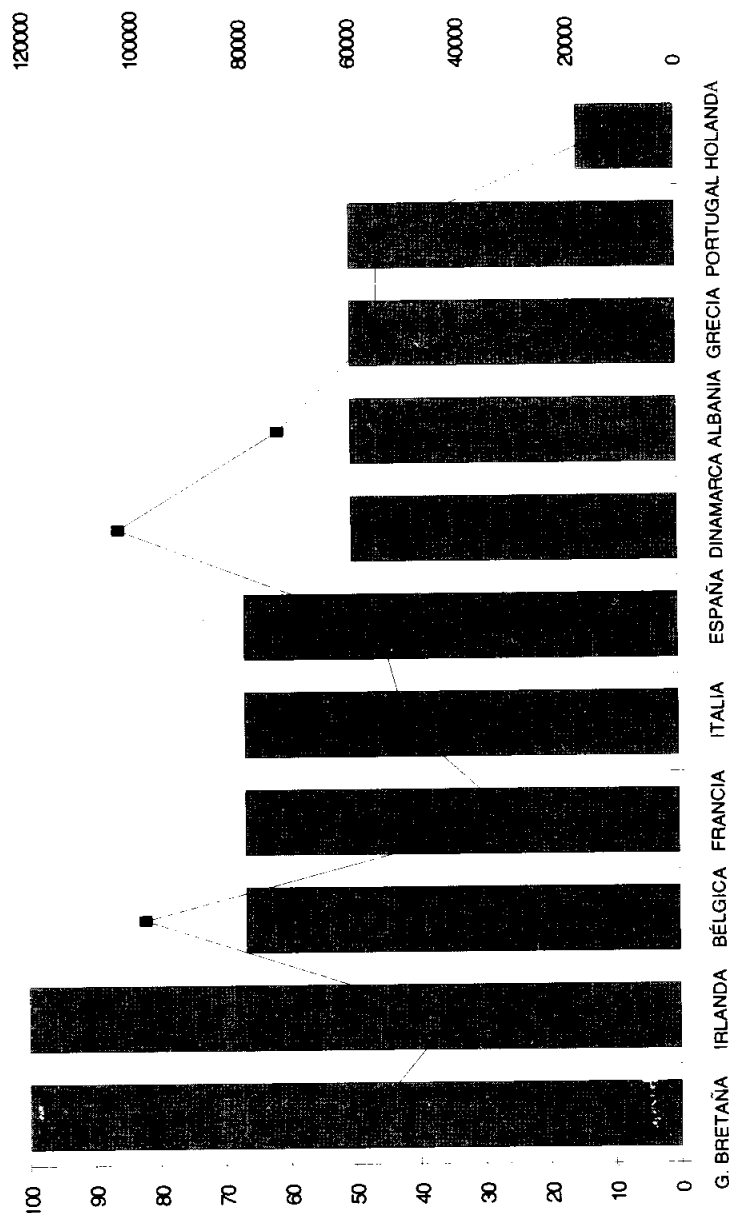
12. Cinelli, *Diritto della Previdenza Sociale*, 236-237: Prestazione ordinaria di inabilità, MISSOC, *op. cit.*, 93.

13. VDR, *op. cit.*, 53-54.

14. Pieters *et al.*, *op. cit.*, 217.

15. MISSOC, *op. cit.*, 106. Hay más de 300 regímenes de Seguridad Social en Grecia, siendo el más difundido el denominado IKA. Sobre las características, cf. Pessi, *La Sicurezza Sociale negli Stati membri della Comunità Economica Europea*, 70 ss.

16. Cf. Pieters *et al.*, *op. cit.*, 315.

Gráfico 3. PORCENTAJE MÍNIMO DE INVALIDEZ (BARRAS)  
Y CUANTÍAS MÍNIMAS DE PENSIÓN (PUNTOS)

nima al objeto de contrastar el nivel de incapacidad con el nivel de prestaciones. En la escala de la izquierda figuran los porcentajes de invalidez, y en la escala de la derecha los tramos de la pensión. No vendrá mal advertir que se parte de la drástica simplificación consistente en haber asignado 100.000 ptas. de ingresos mensuales a nuestro trabajador ideal a fin de obtener una visión unitaria del panorama, aunque tal retribución significa bien poco en algunos países y en otros en cambio implica situarlo en la aristocracia laboral. Se ha preferido esa formulación porque calibrar más ajustadamente el valor de las pensiones en cada país implicaría algo más que utilizar un dato particularizado como, por ejemplo, el salario mínimo nacional, que además de existir solo en seis países<sup>17</sup>, está sometido a variaciones *políticas*, debiendo acudir a una «cesta de datos» como por ejemplo el coste de la vida, asimismo incompletos al descuidar, por ejemplo, las retenciones por impuestos, o —por la complejidad de su elaboración— sin valor actual<sup>18</sup>. En todo caso, como indica D'Herbais con referencia al salario nacional medio publicado por Eurostat, las diferencias de valor absoluto son considerables, pues van desde los 5.000 dólares para Portugal a los 24.000 para Holanda en 1987<sup>19</sup>.

La base reguladora única para los once países analizados no es la única distorsión a tener en cuenta. Bastantes legislaciones determinan complementos por cónyuge e hijos a cargo, así como la mayoría —si no todas— unos complementos para mínimos en el caso de no alcanzar la pensión el nivel económico que se estima adecuado. En el capítulo sobre vejez examinaremos con detenimiento esa «deriva» correctora, buena parte de lo cual cabe predicarlo de la invalidez.

## II. EL DUALISMO LEGISLATIVO

### 1. Países A y países B

De entre las situaciones causantes de máxima tensión entre los afectados se encuentra la del número de pensiones. En efecto, el inválido que trabajó en Alemania percibe de ordinario dos pensiones, la alemana y la española, e igual puede decirse de quien trabajó en Dinamarca, en Luxemburgo, Italia o Portugal. En cambio, si el afectado trabajó algún tiempo en Francia, normalmente percibirá una pensión francesa, sin ningún «com-

17. Bélgica, Francia, Holanda, Grecia, Portugal y España.

18. Los salarios mínimos en Europa a diciembre de 1992, según el *European Industrial Relations Review* 225 (1992), 14-21, el *Boletín de Información Sociolaboral del MTSS* 1 (1993), 50-53, y *RELASUR* 1 (1993), 220-222, eran los siguientes, calculados en dólares al mes: España, 482,2; Grecia, 365,2 para los empleados de oficina (inferior y por hora a los obreros); Portugal, 306,8; Italia, 321,9; Francia, 1.046,5; Bélgica, 1.181; Holanda, 1.191,8; Alemania, 1.305,2 en el Metal; Reino Unido, 658,4.

19. *Memento des Retraites dans la CEE*, 15.



plemento» español, o bien una pensión española sin «complemento» francés, pero no las dos; tratamiento comparable al de quienes trabajaron en Holanda, Gran Bretaña o Bélgica. Sin embargo, a veces percibirá una pensión completa tanto de Francia como de España.

¿De dónde proviene semejante galimatías?, se pregunta el trabajador transfronterizo. La respuesta se encuentra en la profunda diferencia existente entre dos bloques de países, que los Reglamentos comunitarios convierten en central y que viene denominada por la doctrina como legislaciones de tipo *A* y de tipo *B*. El art. 37.1 R.1408/71 nos da la pauta diferencial: entre legislaciones donde la cuantía de las prestaciones de invalidez sea independiente de la duración de los períodos de seguro (cotización) se otorgarán las pensiones exclusivamente por el país cuya legislación era aplicable en el momento de sobrevenir la incapacidad laboral seguida de invalidez. A su vez, el art. 40 indica que el trabajador sujeto a las legislaciones de dos o más Estados miembros de las cuales al menos una *no* pertenezca al tipo señalado en el art. 37.1, tendrá derecho a prestaciones prorrateadas entre los distintos Estados donde trabajó, a menos que en cada uno de ellos haya cumplido los requisitos exigidos para obtener la pensión íntegra de cada país. Un listado de los países *A* se encuentra además en el Anexo IV del Reglamento, en el cual puede verse cómo determinados países se proclaman de legislación *A* para ciertas contingencias y de tipo *B* para otras, o sólo para algunas leyes concretas<sup>20</sup>: el Reglamento 1248/92 ha mejorado ligeramente el listado, pero quizá sea éste, junto con el Anexo V, el aspecto más necesitado de una profunda remodelación y acabado. Volviendo al concepto de países con legislación de tipo *A*, se trata de que algunos Estados miembros reconocen prestaciones por invalidez cuya cuantía es fija (un porcentaje de la base reguladora, el cual varía según el grado de invalidez), mientras que otros países hacen variar la prestación en función de lo cotizado por el beneficiario. Muchos de los problemas que sufren nuestros inválidos retornados se deben a esa división, pues al integrarse España en el grupo de países del tipo *A*, el reconocimiento de una pensión transfronteriza con países del mismo grupo *A* se efectúa únicamente por el país donde se produjo el hecho causante<sup>21</sup>, mientras que si algunos de los países implicados pertenece al tipo *B* ha de prorratearse la prestación entre todos ellos.

PAÍSES DE PAGO ÍNTEGRO (A)	PAÍSES DE PAGO PROPORCIONAL (B)
<p>España Francia Países Bajos Bélgica Gran Bretaña</p>	<p>Alemania Dinamarca Grecia Italia Portugal Irlanda Luxemburgo</p>

España pertenece al grupo *A*, pues sus prestaciones consisten en porcentajes fijos de la base reguladora, que varían exclusivamente en función de la gravedad de la minusvalía (55%, 75%, 100%, 150%). En su mismo grupo se encuentran países tradicionalmente receptores de emigrantes españoles, y con los que existen actualmente una gran cantidad de litigios: Francia, Bélgica y Holanda. En no pocas ocasiones, el inválido español ve que obtiene una pensión de uno de los países, ya sea el español o alguno de los otros donde sufrió la incapacitación, e inicia los trámites para obtener el «complemento de pensión» por parte del otro<sup>22</sup>. Aunque reiteradamente obtendrá una notificación donde se le indica la improcedencia de lo pedido por estar obligado sólo uno de los países, el pensionista no acaba de entenderlo porque tiene ante la vista cuanto sucede con los países del tipo *B*. En estos otros casos, la pensión se prorratea en atención al período de cotización del asegurado en cada país, correspondiendo a cada institución competente el pago de una porción de las prestaciones. Un amplio número de litigios sustanciados ante los tribunales españoles en tema de invalidez transfronteriza se centran en la incomprensión del sistema por los beneficiarios. Nuestros tribunales siguen pronunciándose didácticamente una y otra vez, por ejemplo, contra abogados tozudos en demanda de pensiones íntegras de invalidez a abonar por el INSS, confundidos por equívocas interpretaciones judiciales del convenio bilateral hispano-alemán o por casos similares contra Francia, Holanda, Reino Unido o Bélgica (países *A*) en los que se pagaba la pensión completa por uno de ellos, como si de un régimen de

20. Países *A*: España, Francia, Holanda, Bélgica, Gran Bretaña. Países *B*: Dinamarca, Alemania, Italia, Luxemburgo, Portugal.

21. La prestación la abona un solo país, el de la institución competente, si todos los obligados son de tipo *A*. Cf. art. 37, R. CEE 1408/71, y Colina, Ramírez y Sala, *Derecho Social Comunitario*, Valencia, 1991, 160.

22. Nuestra jurisprudencia utiliza indistintamente los conceptos de «mejora» y de «complementos», aunque en nuestra opinión deberían separarse: el concepto de complementos debería reservarse para la regulación de los complementos para mínimos establecidos por las sucesivas Leyes de Presupuestos del Estado. En cuanto al concepto de mejora, podría designar al fenómeno que nos ocupa, consistente en una mejor cuantía de la pensión que resulta cuando se calcula sobre la denominada «cuantía teórica» de la pensión conforme al art. 46 del Reglamento 1408/1971, en la concurrencia con países de legislación *B*.

deuda solidaria se tratase, y apremiados por la exigente legislación alemana sobre invalidez. Así, ha debido intervenir el TS en sentencia de casación en unificación de doctrina de 15 de febrero de 1993, reiterando que la institución española sólo paga su parte prorrateada en las pensiones de invalidez compartidas con Alemania<sup>23</sup>. En la sentencia TSJ Cantabria de 11 de setiembre de 1990, el tribunal entiende de un caso en el cual se ha reconocido una prestación de invalidez permanente total al solicitante por parte de la Seguridad Social española, pero la alemana en cambio no le reconoce ninguna prestación por los años que trabajó en ese país. El tribunal español se ve obligado a explicar al demandante la independencia entre las actuaciones españolas y las alemanas, de forma que si para la legislación de nuestro país se reúnen los requisitos para obtener una pensión, para la alemana no se está en el mismo caso, y cuanto resuelva la Seguridad Social de un país no tiene efectos vinculantes para la decisión del otro país<sup>24</sup>. En la sentencia del TSJ Andalucía (sede de Granada) de 22 de octubre de 1990 se contempla un caso parecido: el actor obtiene el reconocimiento de una pensión por invalidez de la Seguridad Social española, que ha debido sumar los períodos de seguro acreditados en Alemania a los satisfechos en España para poder otorgarla, y a renglón seguido procede al prorrateo y al pago de su parte, mientras que la Seguridad Social alemana considera que no debe prestaciones porque el trabajador no alcanza a la calificación de inválido según la legislación germánica.

Por la importancia para los inválidos retornados españoles, la legislación germánica nos sirve de paradigma de países del tipo B, mientras que la holandesa se nos aparece como modelo del tipo A. Contra lo que pueda parecer a primera vista, la complejidad de un sistema normativo no se encuentra relacionado directamente con su pertenencia a uno u otro tipo legislativo, como vemos palmariamente en los antedichos ejemplos de Alemania y Holanda:

23. Reitera lo dicho en otra STS en unificación de doctrina, la de 14 de febrero de 1992. En la citada en texto, la comparación se establece entre la STSJ Madrid de 20 de setiembre de 1991 —que declara al INSS responsable por el total— y las del mismo Tribunal de 29 de junio y de 4 de setiembre de 1990 —que condenan a sólo la parte proporcional—. Los exhaustivos reconocimientos médicos alemanes se acompañan en ese país, al igual que en Holanda, de un análisis muy acabado de hasta qué punto las limitaciones sufridas impiden el trabajo habitual (*Berufsunfähigkeit*) o un trabajo cualquiera (*Erwerbsunfähigkeit*). En el mismo sentido también, TS 13 de octubre de 1993 (AL 1994, § 198).

24. En el caso, el actor se encontraba todavía capacitado para el trabajo según la legislación alemana, y de todas formas no acreditaba el mínimo necesario de 36 mensualidades cotizadas.

ALEMANIA	
Prestación= Número de años de cotización, por Salario general medio, por Coeficiente individual.	
HOLANDA	
Porcentaje de incapacidad	Prestación (% sobre base reg.)
15-25 %	14 %
25-35 %	21 %
35-45 %	28 %
45-55 %	35 %
55-65 %	42 %
65-80 %	50, 75 %
> 80 %	70 %

Pues bien, puede afirmarse que la normativa alemana alcanza una especiosa contextura, muy diferente a la engañosa brevedad de la fórmula, al asignar valores anuales al factor «E» (salario medio nacional), que se encuentran detallados en el Anexo I del libro VI del Código de la Seguridad Social<sup>25</sup>, y al condicionar éste al factor «C» (coeficiente individual, resultado de dividir su salario personal por el salario medio nacional en cada año). Pero la graduación holandesa tampoco le va a la zaga, y nos permitimos poner como ejemplo, por su fuerza expresiva, la siguiente propuesta de revisión del grado de invalidez hecha por los servicios médicos de ese país respecto de un pensionista español:

#### GEMEENSCHAPPELIJKE MEDISCHE DIENST GMD

Sr. M. F. F.  
Spanje

Asunto: Revisión del grado de la invalidez.

Distinguido señor:

La *bedrijfsvereniging* (asociación profesional) que le paga a Vd. su prestación es aconsejada por nuestro servicio en lo referente al grado de su invalidez, al amparo de la *Algemene Arbeidsongeschiktheidswet* (AAW/

25. Comienza en 1891 con 700 marcos y llega hasta nuestros días, con 45.889 marcos en 1992.

ley general de invalidez) y la Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO/ley del seguro de invalidez).

De los reconocimientos médicos, que Vd. pasó en el mes de junio de 1992 en Holanda, resulta que Vd. está capacitado para reanudar el trabajo por 20 horas semanales, realizando trabajo adecuado y teniendo en cuenta ciertas limitaciones con respecto al subir-bajar escaleras, arrodillar, gatear, trabajar en cuclillas, usar el cuello, cargar pesos y inclinarse.

A continuación de esto le informamos que Vd. sigue incapacitado para el trabajo en lo referente a su profesión últimamente ejercida, a saber la de controlador. Empero, tomando en cuenta su formación, su vida laboral, su nivel, la disminución física y las exigencias razonables, se le considera a Vd. capacitado por completo para realizar actividades laborales adecuadas como:

- auxiliar - hospital psiquiátrico,
- auxiliar servicios generales - hospital,
- empleado de tareas adicionales - lavandería,
- obrero de entresacar las plantas obtenidas de las semillas - empresa del cultivo de plantas,
- embalador - empresa de artículos de punto,
- montador de piezas electrónicas en placas de circuito impreso - fábrica de aparatos electrónicos de medición,
- auxiliar para marcar los artículos - distribuidora de ropa confeccionada.

Con estas profesiones puede hallar en promedio 72 % menos que lo que ganaría en la actualidad con su profesión anterior. Por tanto aconsejaremos la *bedrijfsvereniging* que calcule su prestación según un grado de invalidez del 65-80 %.

La decisión final corresponde a la *bedrijfsvereniging*.

Además llamamos su atención hacia lo siguiente. A continuación de la conversación mantenida el 2 de julio 1992 en nuestra oficina de Amsterdam, quisiéramos advertirle otra vez que en caso de querer regresar a Holanda, debe cumplir con las instrucciones vigentes formuladas por el Ministerie van Justitie (Ministerio de Justicia) de este país, con respecto a un permiso de residencia. Asimismo quisiéramos recordarle la explicación del concepto de trabajo adecuado, de la determinación del grado de su invalidez y la posibilidad de que su prestación de invalidez sea revisada.

Si, basándose a lo que precede, decide regresar a Holanda, le rogamos se ponga en contacto con nuestra oficina, PK Buitenland en Amsterdam, para cuya dirección le remitimos al pie de la presente.

Finalmente le hacemos observar que el presentarse en la oficina de PK Buitenland no podrá originar derechos en la compensación de los gastos de desplazamiento.

En espera de haberle informado a Vd. debidamente, le saludamos atentamente.

El Administrador

## 2. Mecánica de la totalización y el prorrateo

Recibido por cada país donde el solicitante trabajó el juego de certificaciones nacionales de períodos de seguro enviado por la institución instructora, procederá a una triple operación especificada en el art. 46 R.1408, al que el art. 15 R.574/72 presta normas complementarias:

a) Calculará la pensión *nacional* debida al solicitante con absoluta independencia de las cotizaciones y períodos cumplidos en otros países, es decir, como si sólo hubiera trabajado los años que acredita en este país. La pensión nacional tiene gran importancia cuando, unas veces, se ha cotizado principalmente en un solo país, otras veces, alguno de los países reconoce períodos importantes de asimilaciones al alta (como los *Zurechnungszeiten* alemanes), y otras, en fin, cuando las pensiones de uno de los países son muy elevadas en comparación con las del otro u otros obligados.

b) Totalización (suma) de los períodos de seguro cubiertos en el conjunto de países a efectos de determinar el derecho a pensión. La agregación de períodos adquiere importancia decisiva en países donde se precisan umbrales muy altos o cuando el solicitante, en razón a su juventud o a otras circunstancias, no aporta una carrera profesional consistente. No se trata sólo de que el reconocimiento de los empleos en el extranjero vaya a aumentar la cuantía de la pensión obtenida, sino que incluso va a permitir en muchos casos el nacimiento del propio derecho a pensión. La totalización se completa con lo que llama el art. 46.2.a R.1408/71 el cálculo de la «cuantía teórica de la prestación», es decir, aplicar a la suma de períodos obtenida la normativa nacional del país para cuantificar la pensión como si todos esos períodos se hubieran cumplido en su territorio. Si por ejemplo acredita cuatro años en España y diez en Dinamarca, el INSS calcula la cuantía teórica de la pensión correspondiente a catorce años de seguro. Como se ve, incluso en países de legislación A que totalizan con países B tiene importancia la operación a pesar de que sus prestaciones sean independientes de las cotizaciones efectuadas, pues aunque en el caso de España da igual que haya cotizado catorce como cuarenta años para percibir una misma prestación en función del grado de invalidez, el umbral mínimo de seguro puede jugar malas pasadas si cada Estado computara únicamente sus cuotas.

Muy frecuentemente, de una misma totalización se obtienen cuantías teóricas distintas por cada país. Ello se debe a la distinta legislación nacional que aplican, con todos sus períodos de asimilaciones al alta y ficciones de alta, y de sus umbrales mínimos y máximos.

La institución instructora determinará además si el pago compete en exclusiva a uno solo de los países porque todos los intervinientes pertenecen al grupo A —es decir, se trata de una pensión transfronteriza que tiene en cuenta los trabajos realizados en todos los países, pero que abona uno solo de ellos—; si alguno de los Estados miembros se encuentra exen-

to de pagar por no contabilizar en su territorio períodos de seguro superiores a un año (como veremos más abajo en este mismo capítulo), y si alguno o algunos de los países deben pagar sus pensiones nacionales íntegras porque en él o en ellos ha cumplido el solicitante todos los requisitos necesarios<sup>26</sup>.

A la institución instructora compete además un raro privilegio: calificar el grado de invalidez sufrido por el solicitante, lo que para los países del grupo A va a significar tanto como señalar la cuantía de pensión. Pero esa facultad, señalada en el art. 44 R.574/72, se somete a una «condición imposible» por el art. 40.4 R.1408/71: la decisión que tome «será respetada por la institución de cualquier otro Estado miembro afectado, siempre que la concordancia de los requisitos referentes al estado de invalidez entre las legislaciones de ambos Estados esté reconocida en el Anexo V». Un Anexo, como se ve en otro lugar de esta obra, bien parco en concordancias.

c) Prorrato de la pensión. Tras calcular la cuantía teórica, se procede a evaluar la prestación efectiva, es decir, lo que el país debe pagar en función de los años de seguro satisfechos en su territorio por el solicitante. Se obtiene el porcentaje de años «propios» de seguro del total sumado, y ese porcentaje se aplica a la cuantía teórica para llegar a la parte de pensión que debe abonar la institución competente.

Las combinaciones resultantes se agrupan como vemos en tres clases: pensiones nacionales, pensiones comunitarias pagadas por un solo país, pensiones comunitarias pagadas a prorrata por varios países. Cabe incluso la situación de inválidos con pensiones íntegras de uno o varios países y pensiones comunitarias simultáneas de otros países, aunque lo más probable en tales casos será que las cuantías sufran reducciones por aplicación de las reglas anticúmulo de cada país. Lo más importante a nuestro juicio consiste en determinar cuál de las pensiones reconocidas es más favorable para el trabajador, porque será la prevalente por mandato del art. 46.3 R.1408/71: el interesado tendrá derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado la prestación más elevada, ya sea nacional o comunitaria.

### III. DUALISMO EQUIVALE A TRIPLE OPCIÓN

#### 1. ¿Pensión nacional, transfronteriza única, o transfronteriza compartida?

Cuando alguno o todos los países responsables de la pensión pertenece al grupo B, como se ha dicho, no paga el total aquel donde se produjo el

26. Función ciertamente complicada porque obliga a la institución instructora a conocer perfectamente la legislación nacional de los doce Estados miembros. Se deduce del art. 45.2 R.574/72 («pagará... tan pronto como la institución instructora le haya comunicado que le incumbe tal obligación»).

sinistro, sino que se reparte entre todos ellos según el procedimiento establecido para las pensiones de vejez en el art. 46 R.1408/71: es la pensión transfronteriza compartida, en virtud de la cual el beneficiario percibirá varias pensiones parciales, cada una de un país en proporción al tiempo cotizado o residido en él (*pro rata temporis*). No se trata de varias pensiones íntegras, sino de la fragmentación o reparto entre varios países de una única pensión íntegra, por lo cual no juegan aquí las posibles normas de reducción, suspensión o supresión de pensiones por acumulación contempladas en el art. 12 R.1408/71, de igual forma que también veremos sucede para las pensiones de vejez. La coordinación del prorrateo corresponde a la institución instructora, que va a ser la del país donde el solicitante trabajó *en último lugar*, según indican los arts. 36 y 41 R.574/72. Lo cual no significa en principio que aquélla deba asumir el pago íntegro para después reembolsarse de las demás instituciones competentes, sino sencillamente que ha de servir como impulsora de los trámites burocráticos en cada país para que al final de dichos trámites el pensionista perciba la parte reconocida por cada uno de ellos: utilizando el formulario E-204<sup>27</sup>, tramitará la solicitud a los demás países obligados, los cuales devolverán una certificación relativa a la «carrera del seguro» cumplida en cada uno mediante un formulario específico E-205 (cada país tiene sus peculiaridades en el modelo); el conjunto de modelos será enviado a cada institución competente para que evalúe el total de años cotizados en todos los países por el trabajador y obtenga el cálculo proporcional de la parte debida por ella. Pero antes de continuar con el procedimiento, hemos de detenernos ante la cuestión apuntada más arriba, suscitada en España nada menos que desde 1973 —naturalmente en prorrateos de convenios bilaterales— sobre el posible adelanto por parte del INSS del íntegro debido.

#### 2. «Anticipos recuperables» y naturaleza jurídica de la pensión

En alguna ocasión se ha planteado la consideración de la deuda como una obligación solidaria en virtud de la cual el solicitante tenía derecho a percibir toda la pensión de la propia institución competente, que *a posteriori* se satisfaría de las demás obligadas. El «adelanto» del pago íntegro al pensionista por el INSS para reembolso posterior de la institución homóloga extranjera se ha reconocido por varias sentencias de los tribunales españoles desde las del TS (sala 6.ª) de 26 de junio de 1973, 1 de junio de 1981, 9 de marzo de 1982, 5 de junio de 1984, 5 de abril y 18 de octubre de 1989, seguidas más recientemente por los Tribunales Superiores en sentencias, por ejemplo, del TSJ Galicia de 14 de diciembre de 1990, basándose en la doctrina de que «no cabe imponer al trabajador

27. Decisión n.º 130 de 17 de octubre de 1985 sobre los modelos de formulario necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 y n.º 574/72 del Consejo, DOCE L 192, de 15 de julio de 1986.

que realizó labores en diversos territorios nacionales la penosa y no fácil gestión de sus derechos en cada uno de los dos países», y con base jurídica analógica en el art. 96 LGSS y su mandato de automaticidad de prestaciones en ciertos supuestos. El ingrediente material que impele a esta jurisprudencia a considerar la pensión como única y además de carácter solidario, aunque no explícitamente formulado en estos términos, es la totalización de períodos de seguro a que antes nos hemos referido: como cada institución competente debe sumar los períodos propios y los ajenos para averiguar el total de cuotas satisfechas y luego evaluar su parte correspondiente de pensión, los tribunales derivan una unidad jurídica de lo que en principio es sólo unidad de cálculo, totalización de períodos. *Obiter dicta* vino seguida esta posición por la sentencia TS en unificación de doctrina de 27 de mayo de 1991, referida a un aspecto lateral al que nos ocupa, el de los complementos para mínimos.

Otro grupo de sentencias del Tribunal Supremo se muestra sin embargo contrario al adelanto del íntegro. En las de 6 de febrero, 6 de julio, 8 de noviembre de 1989 y 20 de diciembre de 1991, seguidas por alguna jurisprudencia de los Tribunales Superiores, como las sentencias del TSJ Madrid de 29 de junio y 14 de setiembre de 1990, se sostiene que la totalización de la pensión ha de determinarse de modo independiente por las entidades gestoras de cada Estado, de suerte que las pensiones teóricas así obtenidas —que pueden ser diferentes— no suponen sino un elemento de cálculo para determinar separadamente la que, como real, ha de asumir cada una en función del porcentaje que de las cotizaciones realizadas resulte. Como se observará, estas sentencias aparecen en épocas más recientes, cuando España ha ingresado ya en la Unión Europea, y a través de ellas constatamos cómo la regulación comunitaria, pese a las insuficiencias constantemente señaladas en esta obra, supone un formidable adelanto respecto a lo establecido en los convenios bilaterales. Los tribunales españoles advierten que en la Unión Europea las solicitudes de los trabajadores se sustancian una sola vez ante la institución del país de residencia, la cual se encarga de enviarla a la del último país donde el solicitante trabajó, y ésta a su vez asume la coordinación de todos los países involucrados mediante formularios y procedimientos homologados. Una situación muy distinta, por ello, a la anterior de los convenios bilaterales, donde se patentizaba el calvario del trabajador en un peregrinaje de instituciones propias y extranjeras cada una de las cuales sólo pretendía ver sus exclusivas responsabilidades.

En sentencia para la unificación de doctrina de 24 de febrero de 1992<sup>28</sup>, el TS (sala 4.<sup>a</sup>) acoge como correcta la posición últimamente expuesta, pues sostener lo contrario implicaría vulnerar la literalidad de las normas, «que no establecen que haya dos deudas, ni que rija la

solidaridad de los deudores». Y en efecto, no existe vinculación jurídica entre deudores por la que pueda afirmarse la existencia de una obligación solidaria, ni siquiera mancomunada, frente al acreedor-solicitante. Cada institución competente mantiene una relación jurídica de seguro con el trabajador, independiente de la mantenida con la homóloga del otro país, y no cabe *comunicar* ambas relaciones jurídicas mientras la ley no lo indique, de igual forma que cada una de las empresas donde el asegurado trabajó será exclusivamente responsable de sus deudas y no se les puede considerar obligadas mancomunadas o solidarias en garantía de una hipotética «carrera salarial» del trabajador. Por supuesto que un análisis técnico de la situación nos lleva aún más enérgicamente fuera del ámbito de la solidaridad de obligaciones, pues en ésta el acreedor tiene la potestad de elegir al deudor que habrá de satisfacer el total debido, mientras que aquí se trata de que pague el país de origen y residencia para evitar complejidades burocráticas. A mayor abundamiento, y como recuerda la sentencia en unificación de doctrina antecitada, puede suceder que el otro país no reconozca pensión alguna por no reunir los requisitos mínimos exigidos por su legislación, de modo y manera que la institución pagadora del total asume también el costo de litigar contra la homóloga extranjera y el riesgo de perder lo que, según su propia legislación, debería ésta reembolsarle.

Pero hemos dicho que no cabe la comunicación de deudas mientras las leyes no lo establezcan, y esto es justamente lo que el art. 45 del Reglamento 574/72 ha determinado para las pensiones comunitarias. Cuando según los datos recibidos *existe un derecho a prestaciones*, la institución instructora «abonará al interesado un anticipo recuperable de una cuantía adecuada y lo más cercana posible al que probablemente haya de arrojar la liquidación practicada en aplicación del apartado 2 del art. 46 del Reglamento» (es decir, del prorrateo). Como vemos, no ya por tratarse de una obligación solidaria, sino por directa imposición de las normas comunitarias, debe adelantarse la pensión total siempre y cuando se deduzca el derecho a prestaciones de los datos operantes en poder de la institución instructora. De nuevo se obliga a cada país a conocer perfectamente las legislaciones de todos los Estados miembros, lo cual supone una fuerte responsabilidad.

La indicada postura del Tribunal Supremo no se circunscribe a los casos de la Seguridad Social comunitaria. La sentencia en unificación de doctrina se refiere a un caso suscitado por un emigrante en Suiza, y la argumentación general abarca sobre todo el fenómeno de la totalización y prorrateo diluido en la multitud de convenios bilaterales existentes al margen de los Reglamentos comunitarios, desde el hispano-suizo al hispano-argentino, y para ellos no rige el gran avance racionalizador antes mencionado. Nuestro país debería actualizar esos convenios bilaterales buscando la uniformidad con los trámites comunitarios, o alternativa-

28. *Actualidad Laboral*: 34 (1992), § 969.

mente disponer la automaticidad de prestaciones para los casos de *apariencia ostensible de crédito* frente a la institución del país extranjero<sup>29</sup>.

### 3. La prorrateo mínima, una interpretación interesante

El art. 45.1 R.1408 determina que cuando un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación de las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, deberá tener en cuenta, *en la medida necesaria*, los períodos de seguro o de residencia cumplidos en cualquier otro Estado miembro. Cómo han de ser tenidas en cuenta las cotizaciones de otros países viene determinado en el art. 46, dando lugar a la pensión comunitaria principalmente a través de la totalización y el prorrateo ya estudiado en un epígrafe anterior.

Que no siempre la pensión derivada de sumar las cotizaciones obtenidas en varios países va a ser mejor que la devengada computando solo la de un país conforme a su legislación nacional es algo bastante frecuente, y por ello cada institución competente debe proceder a calcular la pensión nacional y la comunitaria, según hemos visto anteriormente, para después otorgar la más favorable de las dos. Más aún: si la institución competente observa que el resultado del cómputo comunitario va a ser igual o inferior a la pensión puramente nacional, está facultada para renunciar al cálculo comunitario por el art. 46.1 b R.1408.

Pero hay situaciones mucho más sutiles, en donde el cálculo comunitario resulta más favorable... tomado en su justa medida. Sin poner en duda el avance de los mecanismos comunitarios, a veces llevan más allá de lo deseado, pues perjudican en ocasiones al asegurado cuando llevamos la totalización a sus últimos extremos. En este sentido, Rojas Castro propone una interpretación del precepto en el sentido más favorable para el trabajador: la institución competente sólo debe computar las cotizaciones extranjeras necesarias para alcanzar la cuantía más favorable de la pensión, pues «en la medida necesaria» no significa llegar hasta el máximo<sup>30</sup>. Es necesario un ejemplo para captar la propuesta del mencionado experto: si un trabajador español ha cotizado en España 20 años y en Alemania otros 20, el INSS solo deberá tomar de las cotizaciones alemanas 15 años para alcanzar la pensión de vejez española más elevada (más allá de 35 años de cotización, como se sabe, no aumenta la pensión), y al prorratear se habrá también obtenido el mayor porcentaje español,

el 57,14 por 100 de los 40 años. Si por el contrario computara los 20 años alemanes en su integridad, la pensión española de 40 años totales seguiría siendo idéntica a la de 35 años, pero el porcentaje a pagar por el INSS descendería con el prorrateo: sólo le correspondería abonar el 50 por 100<sup>31</sup>.

### 4. Crítica del sistema dualista

La distinción comunitaria entre países de legislación A y B, y el efecto concomitante de una responsabilidad del pago distinto para las pensiones (sólo un país para las legislaciones A; todos los países, para las legislaciones B) supone una extraordinaria confusión para el asegurado e incluso para las instituciones competentes, las cuales han de tener en cuenta el país de acogida de cada asegurado para disponer un tratamiento u otro.

La nueva redacción del Anexo IV R.1408 en la reforma introducida por el Reglamento 1248/92 ha complicado aún más el sistema, pues aumentan los países que deciden ubicarse en el grupo A para un cierto tipo de prestaciones y en el grupo B para otras distintas. Incluso ahora se han regulado los supuestos en que las instituciones competentes pueden renunciar al cómputo comunitario conforme al art. 46.1 b, cosa que antes se dejaba a la discreción de ellas<sup>32</sup>.

El motivo de tan complicado sistema se encuentra, pensamos, en las dificultades imputadas a los países de legislación A para «trocear» las prestaciones, pues son independientes de las cotizaciones efectuadas, antes bien, se asignan a grados fijos de invalidez: un inválido al 50 por 100 percibe una prestación del 50 por 100 de la base reguladora, pongamos por caso. El legislador de este país desea que ese inválido no perciba ni más ni menos que la pensión que se considera justa para su incapacidad, a diferencia de los países B, más relativizadores o contributivos.

Pues bien, si tal es el motivo de la distinción, el abismo no parece tan insalvable. En buena medida se encuentra ya superado en el Reglamento 1408, porque desde el propio momento en que interviene un país B, los países A sufren una metamorfosis y pasan a actuar como países B, es decir, prorratean sus pensiones en función de los períodos de seguro cumplidos en su territorio, que era justamente de lo que abominaban. Los países A forman una columna central, nimbada o rodeada de los países B, y cualquier relación horizontal les lleva a perder su característica:

29. Aportada por el solicitante la prueba de los períodos de seguro satisfechos en el otro país y la vigencia de una normativa que le ampara en su derecho, la institución española podría ser obligada a adelantar el total de la prestación hasta tanto se ultimara la tramitación del prorrateo en el otro país.

30. *Derecho Comunitario Social*, 06-107.

31. En *Los problemas aseguratorios de la libre circulación de los trabajadores en la Comunidad Europea*, texto multicopiado de la conferencia de Rojas Castro en el Master de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, febrero de 1993, p. 17, ofrece otro ejemplo: con 10 años de seguro en España y 25 en Alemania, si se toma únicamente 5 años de cotizaciones alemanas, tendrá derecho al 66,66 por 100 de la pensión española; tomando en cambio todas las cotizaciones alemanas, le corresponderá sólo el 28,5 por 100 de la pensión española.

32. Nuevo Anexo IV.C, introducido por el Reglamento 1248/92.

Dinamarca  
Grecia  
Irlanda  
Portugal

Holanda  
Bélgica  
Francia  
España  
Gran Bretaña

Alemania  
Italia  
Luxemburgo

A nuestro juicio, el mantenimiento de los países A supone un lujo burocrático que se abandona cuando se estima oportuno. Es, en otras palabras, una falacia, y no debería mantenerse por más tiempo. Desde una perspectiva española, sin embargo, el mantenimiento del sistema quizá beneficie a nuestro país, por cuanto las situaciones de invalidez causadas en Bélgica, Francia u Holanda por emigrantes españoles vendrán abonadas íntegramente por estos países, con abstención del INSS español, o en otras palabras, sin prorrateo. No se dispone de estadísticas donde hallar el número de emigrantes que quedaron inválidos en los países de acogida por comparación a los que sufrieron la incapacitación una vez reintegrados al país de origen, pero la emigración a los países A ha resultado más consistente que la dirigida a países B, y sospechamos que el retorno de la primera se ha producido *in extremis* en la mayoría de los casos, bien por jubilación, bien por invalidez. A mediatizar lo cual viene el hecho de que las instituciones competentes belgas, tan celosas desde siempre con el gasto generado por sus pensiones y siempre dispuestas a recortarlas a la primera ocasión<sup>33</sup>, hayan dejado pasar la ocasión de modificar el sistema con motivo de la adhesión de España y Portugal.

#### IV. ALGUNOS REQUISITOS NACIONALES A TENER EN CUENTA

##### 1. La carencia trienal alemana

La legislación alemana exige haber cotizado durante tres años en los últimos cinco para tener derecho a las pensiones de incapacidad profesional o de ganancia, aparte de haber cumplido los cinco años de espera (*Wartezeit*)<sup>34</sup>. Ello no tendría nada de particular si no hubiera requerido la institución competente germana el cumplimiento del requisito en territorio nacional, por lo que en numerosos casos el inválido perdía el derecho a la parte de pensión alemana (es país B) por haber estado trabajando en otro país durante los años inmediatamente anteriores al siniestro. Numerosos trabajadores españoles que retornaron a España debido a la crisis económica a fines de los setenta y en los ochenta dejaron

atrás toda posibilidad de reclamar prestaciones por invalidez pese a haber superado ampliamente el período de espera de cinco años en Alemania y de haber cotizado allí bastantes más años de los precisos..., con anterioridad al tiempo fijado. La cuestión se agravaba por existir la posibilidad para los trabajadores alemanes de ampliar los cinco años donde debía contabilizarse el citado período de carencia tanto como se hubiera estado en situación de desempleo<sup>35</sup> o dedicado a la educación de los hijos<sup>36</sup>.

La legislación comunitaria corrigió la diferencia en 1989 al introducir el nuevo art. 9 bis en el Reglamento 1408/71<sup>37</sup>, mediante el cual si un Estado miembro supeditara una pensión al cumplimiento de un tiempo de seguro durante un período mínimo anterior al hecho causante, y dispusiera ampliaciones de ese período por el tiempo de disfrute de prestaciones o de dedicación a educar a los hijos en el territorio de ese Estado, también debería ampliarse por el tiempo en que disfrutaron pensiones de otro país comunitario o se dedicó a la educación de los hijos en otro país comunitario. Pero obsérvese que sólo se igualaba cuando el trabajador hubiera tenido derecho a prestaciones, lo que dejaba fuera al tiempo de desempleo no subsidiado sufrido en otro país comunitario.

El TJE tomó parcialmente cartas en el asunto en su sentencia de 4 de octubre de 1991, *asunto Paraschi*, y recordó al legislador alemán que la connotación foránea no podía perjudicar al trabajador cuando el hecho causante acaeciera fuera de su territorio, de donde las posibilidades de ampliación reconocidas a los alemanes habían de contarse también para los extranjeros que sufrieran el accidente en otro país<sup>38</sup>.

##### 2. El cálculo de las bases reguladoras en España

La cuantía de las pensiones prorrateadas de invalidez, al igual que las de vejez, parece depender fundamentalmente del porcentaje o parte proporcional debido por cada país en atención a los años cumplidos en su territorio. Hemos visto la trascendencia de esas proporciones para que el total sea ventajoso o perjudicial para el pensionista, y aún nos quedan por ver otros problemas relacionados con el prorrateo. Pero no acaban ahí las disyuntivas en una encrucijada como la comunitaria, donde se superponen tantos caminos. También las bases reguladoras sobre las que se calcula la cuantía

35. *Anrechnungszeit*. La regulación ha cambiado en el nuevo art. 58 SGB-VI: Período durante el que el asegurado, «a causa de desempleo, estuvo inscrito como solicitante de empleo en una oficina alemana de colocación y percibió una prestación pública o no la percibió sólo en razón de sus ingresos o patrimonio».

36. Los tres primeros años del niño, art. 56 SGB-VI. También hasta el décimo año bajo ciertas condiciones, art. 57.

37. A virtud del Reglamento 2332/89, de 18 de julio (DOCE 1224/1, de 2 de agosto de 1989).

38. La fecha es posterior en el tiempo a la reforma del Reglamento, pero va referida a un supuesto ocurrido antes, en 1987.

33. Véase *infra*, cap. 5 § IV sobre concurrencia de pensiones.

34. Código Social alemán, libro VI, arts. 43 y 44. Anteriormente, art. 1247.2 a de la Reich-versicherungsordnung.

debida por cada país suscitan una gran polémica, sobre todo en aquellos países donde se toman en consideración los ingresos obtenidos en un número seleccionado de años, y a ella vamos a dedicar las líneas siguientes.

La primera cuestión se refiere a la pérdida de valor de las cotizaciones iniciales, que de ordinario corresponderán al país de origen. Debido al nacionalismo aún subyacente en los países comunitarios, ese país tenderá a seleccionar como base reguladora de la pensión al grupo de años trabajados en su territorio, lo que significará una minoración drástica de la cuantía, especialmente en trabajadores que llevarán largos años trabajando en el segundo país. Respaldando esa tendencia, el art. 47 R.1408/71 proporciona una solución muy parecida a la pura y dura congelación de las bases reguladoras en el tiempo: en su número 1, compuesto de varios apartados sobre las diversas modalidades existentes —comenzando por la alemana y terminando por la española<sup>39</sup>—, consagra el cálculo de las pensiones sobre la base de los períodos de seguro cubiertos por el solicitante bajo la legislación del correspondiente Estado, aunque en el número 2 ordene la aplicación a los períodos cubiertos en otros países de las normas de «revalorización de los componentes computables para el cálculo».

Aun cuando no se trate de una norma de coordinación, pues en sus diversos epígrafes prácticamente consagra soluciones «a la carta», dicho art. 47.1 sólo contradice en parte el principio de igualdad del Derecho Comunitario. En efecto, la discriminación existente es la del tipo estructural, derivada de las diferencias entre países, y no de las diferencias de trato por la nacionalidad. Hay países que cuantifican la pensión conforme a bases actuales o a cuantías a tanto alzado, por lo que cualquier trabajador va a percibir una pensión «al día». Otros países en cambio disponen de sistemas muy sensibles al transcurso del tiempo, como en el caso español, de donde el pensionista cuya prorrata se vence hacia países de este segundo bloque saldrá perjudicado respecto de los pensionistas—incluso de su misma nacionalidad— con una proporción mayoritaria de pensión perteneciente a países del primer bloque.

El contraste se comprende con dificultad por quienes resultan perjudicados, y quizá debería saldarse con una reforma legislativa de lo establecido para cada país. Una intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que proclamara el carácter discriminatorio del art. 47 la vemos difícil por la razón antes apuntada: si cada país aplica las mismas reglas a sus nacionales y a los extranjeros comunitarios, esas reglas serán perjudiciales, o restrictivas, pero no discriminatorias. Debemos

39. Dicho apartado 1 se modificó por el Anexo I, parte VIII, del Acta relativa a las condiciones de adhesión del reino de España (BOE 1 de enero de 1986), añadiendo una letra e (ahora g) que dice así: «La institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe sobre una base de cotización media, determinará dicha base media en función únicamente de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de dicho Estado».

recordar la doctrina sentada en el conocido *asunto Paraschi* 349/89, de que «el Derecho Comunitario no se opone a que el legislador nacional modifique los requisitos para el otorgamiento de una pensión de invalidez, incluso si los hace más rigurosos, siempre que los nuevamente adoptados no supongan ninguna discriminación abierta o velada entre trabajadores comunitarios». Sin embargo, el TJE ha actuado en ocasiones declarando la nulidad de algún pasaje del Reglamento 1408 cuando se oponía al art. 51 del Tratado fundacional —recordemos sólo su posición en los *asuntos Petroni* 24/75, *Strehl* 26/76 y *Manzoni* 112/76, en torno a las normas nacionales anticúmulo y el art. 46.3 del Reglamento, que estudiaremos en el epígrafe 5.4—, sobre la base de que la circunstancia transfronteriza no puede perjudicar la situación de un trabajador respecto de otro que no haya salido de su país, y cabría una posibilidad de acogida si un recurso prejudicial se presentase al respecto<sup>40</sup>.

La solución legislativa podría caminar, bien en la dirección existente en algunos países de unas bases o cuantías promulgadas anualmente para todos los pensionistas, bien en el sentido de desenganchar los años tomados para la base reguladora del anclaje nacional y elegir los últimos años cotizados en cualquier país comunitario, lo que probablemente aumentaría considerablemente las pensiones en países de emigración como es España.

Nada de lo propuesto ha sucedido hasta el momento. Por el contrario se ha introducido en el Anexo VI R.1408, en la letra D referente a España, un nuevo punto 4 por el Reglamento 1248/1992 a cuyo tenor el cálculo de la prestación teórica española «se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española. La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza». A nuestro juicio, el objetivo perseguido por la reforma intenta solventar por un lado el caso en que el trabajador no hubiera cotizado en España los ocho años que se toman para extraer la base reguladora, y por otro algo que en el art. 47 R.1408 sólo está dicho para las cotizaciones habidas en otros países, pero no en el propio: la revalorización de los importes. ¿Equivale esa reforma del Anexo VI.D al cálculo de la cuantía sobre el importe de las últimas cotizaciones hechas en cualquier país comunitario? Sólo a medias, en tanto se sitúan antes de la última cotización española; y tampoco llega a igualar, creemos, a las cotizaciones de los últimos años en España, pues

40. Al igual que ya hiciera el TSJ de Cataluña respecto a la aplicación del Fondo de Garantía Salarial a los altos cargos con el *asunto Wagner Miret*, que resultó en la sentencia 334/92, de 16 de diciembre de 1993, el TSJ del País Vasco ha anunciado en 1993 el planteamiento de un recurso prejudicial ante el TJE por el motivo que nos ocupa.



los porcentajes anuales de revalorización han ido de ordinario por detrás de las tasas de inflación en nuestro país. La doctrina apunta también los problemas de los módulos de revalorización de las pensiones muy antiguas, cuando no existía ni siquiera el IPC<sup>41</sup>.

La segunda cuestión se refiere al cálculo de los períodos de seguro extranjeros. Si ha trabajado diez años en Dinamarca y tres en Gran Bretaña, ¿cómo han de cuantificarse? La respuesta más sencilla, tomar las cotizaciones efectuadas en cada momento, encuentra la dificultad de que las certificaciones de períodos de seguro enviadas por cada país según el modelo 205 sólo acreditan los tiempos, no las cuantías; pero el asegurado aportará además la documentación probatoria oportuna, que la institución instructora distribuirá a las demás instituciones competentes<sup>42</sup>. Por otra parte, hay países en donde se computan períodos de *residencia*, no de cotización, si bien la cuestión se solventa fácilmente en los modelos 205 de ese tipo de países y siguiendo el art. 47.1. g, antes e, del Reglamento 1408<sup>43</sup>.

El asunto ha llamado la atención de nuestros tribunales, como tuvimos ocasión de ver en el capítulo primero, a propósito del convenio bilateral hispano-alemán, y a lo allí dicho nos remitimos. En descargo de un sistema tan cicatero como el del art. 47.1 g (antes e) y el Anexo VI.D.4, introducido a instancias de España, hay que recordar que las altas cotizaciones pagadas en el Estado extranjero van a parar a las arcas de éste, el cual las tendrá eventualmente en cuenta para abonar su parte de prestación, dependiendo de que siga el mismo procedimiento de cálculo que en España o que utilice alguno de los otros seis procedimientos admitidos por el art. 47.1 R.1408<sup>44</sup>. Es ésta una situación embarazosa cuya probable solución podría estar en el pago de la diferencia por el país donde se hicieron las cotizaciones superiores, como recogía el convenio hispano-alemán de 1973<sup>45</sup>. Mientras tanto, la doctrina considera la situación como discriminatoria para los emigrantes españoles respecto a los connacionales que no han emigrado, a los cuales se les aplican reglas más favorables en

la Ley 26/1985<sup>46</sup>, llegando algunos a hablar de «la suprema discriminación española de la base reguladora de las pensiones de trabajadores migrantes»<sup>47</sup>. Como el TJE indicaba en el *asunto Masgio* C 10/90, una legislación nacional no puede tratar de manera más desfavorable a los trabajadores comunitarios que hayan ejercido su derecho a la libre circulación que los que no hayan hecho uso de tal derecho.

### 3. La profesión habitual ejercida antes de la invalidez

En el conjunto de países comunitarios hay equiparaciones engañosas entre requisitos aparentemente similares, pero con grandes diferencias ocultas. Así ocurre, por ejemplo, con la incapacidad total para la profesión habitual, que en algunos países constituye un grado intermedio entre la capacidad plena y la invalidez absoluta para toda profesión u oficio, aunque la legislación nacional o la propia jurisprudencia del país marque diferencias de aplicación en la práctica. El asunto reviste cierta gravedad, por diversos motivos que examinaremos a continuación, en el caso de la incapacidad total para la profesión habitual alemana, la *Berufsunfähigkeit*, que viene a merecer como promedio, en los diversos regímenes de aseguramiento alemanes, una pensión de un tercio de la recibida por la incapacidad absoluta para toda profesión, o *Erwerbsunfähigkeit*. La diferencia con otros países estriba en que la jurisprudencia de los tribunales sociales alemanes ha entendido por profesión a las actividades con una formación o aprendizaje previos, por lo que el peón no cualificado no recibe prácticamente nunca la calificación de inválido para la profesión habitual<sup>48</sup>. Aplicado a los inmigrantes provenientes de otros países, en su mayoría obreros no especializados, tal actitud implica la denegación de pensiones a trabajadores que, por ejemplo, en España caen dentro de la calificación de inválidos totales e incluso absolutos: en muchos casos, por ende, el solicitante se encuentra con la pensión española reconocida, pero con pensión alemana denegada, por una misma situación profesional. Hasta hace relativamente pocos años, además, Alemania mantenía un apartado en el Anexo VI del Reglamento 1408 en cuya virtud

41. Fernández de la Mata, «Cálculo de la base reguladora...», cit., 392, indicando que sólo quedaría el 4 por 100 de interés legal del dinero, o el 8 por 100 del interés básico del Banco de España.

42. «... adjuntando a dicho ejemplar, en su caso, los certificados de trabajo presentados por el solicitante».

43. Redacción conforme al Reglamento 1248/92. Con anterioridad se ubicaba en la letra c del mismo artículo y número.

44. La STS de 15 de octubre de 1993 incurre en ese reduccionismo de atribuir al otro país miembro el mismo procedimiento de cálculo de la base utilizado en España, por lo que rechaza la acogida de las bases máximas por cuanto tal solución «consiente que dichas retribuciones ejerzan una doble influencia no enteramente justificada en las prestaciones sociales del asegurado: por una parte en el cálculo de la pensión alemana y por otra en la elección de la base máxima de la pensión española». En cap. 4, § II vemos que la pensión alemana sigue otros derroteros más complejos.

45. Concretamente, art. 23.2 del Convenio bilateral sobre Seguridad Social firmado el 4 de diciembre de 1973 (BOE de 28 de octubre de 1977).

46. Fernández de la Mata, «Cálculo de la base reguladora de las prestaciones...», cit., 392. El *sumatorio* de su art. 3 para el cálculo de las prestaciones de invalidez y vejez por riesgos comunes tiene en cuenta las cotizaciones actualizadas de los seis primeros años del arco de ocho tomado en cuenta, mientras que en la fórmula *comunitaria* se computan en sus valores reales los ocho años íntegros. Luego, tanto en uno como en otro caso se les aplica la revalorización de los años posteriores al cálculo y reconocimiento.

47. Rojas Castro, *Derecho Comunitario Social*, cit., 37.

48. El Bundessozialgericht distingue cuatro grupos profesionales a estos efectos: capataz, con funciones de jefe o de obreros especializados altamente cualificados; obrero especialista, con aprendizaje de dos a tres años y examen final; obrero semicualificado, con formación previa de uno a dos años; y peón u obrero no especialista, sin aprendizaje o formación previos. Para este *Vierstufenschema*, y la similar graduación para los empleados, cf. Bley, *Sozialrecht*, 192 ss; Gitter, *Sozialrecht*, 169-170.

la profesión habitual a considerar para la calificación como inválido total para esa profesión se reducía a la o las que hubiera ejercido en Alemania<sup>49</sup>. En el *asunto Roviello* 20/85, el TJE consideró el caso de ese trabajador italiano, quien había trabajado como embalsador en su propio país, y luego emigró a la República Federal, donde ejerció pequeños trabajos hasta quedar inválido. La institución competente germánica había considerado que podía aún ejercer algunos trabajos en equipo, por lo cual le denegó la pensión. El TJE entendió en este caso que la norma en cuestión conducía a desfavorecer a algunos de estos trabajadores migrantes, que habían conseguido en otro Estado miembro una calificación superior a la que tienen en la República Federal sin poder alegarla en ésta, y a quienes por tanto se les puede denegar una pensión a la que hubieran podido acceder de no ser por la reserva antecitada. Por lo que declara tal norma del Reglamento 1408 incompatible con el art. 51 del Tratado de Roma.

#### V. EXONERACIÓN DE CÓMPUTOS POR DEBAJO DE UN AÑO

El art. 48.1 R.1408/71 contiene un precepto dirigido a simplificar la gestión administrativa, al evitar poner en movimiento, como indica van Raepenbusch, el oneroso sistema de totalización cuando están en juego cortos períodos de seguro y, por ende, cuando las cuantías debidas por tales períodos son poco elevadas y se verían de hecho absorbidas por los gastos bancarios y postales en el momento del pago<sup>50</sup>. El artículo exonera de la obligación de conceder un concreto Estado prestaciones cuando la duración total de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo su legislación no llegue a ser de un año.

La medida no tiene evidentemente importancia en las pensiones de vejez, pero sí en las de invalidez, pues un cierto número de trabajadores sufre un accidente nada más comenzar su actividad en un país cuya lengua no conoce y donde las instrucciones que recibe, las medidas de seguridad fijadas a los aparatos y en general las indicaciones de tráfico y manejo se encuentran en un oscuro idioma. En resumidas cuentas, el artículo reduce el número de países a otorgar pensión cuando uno de ellos sólo certifica algunos meses de seguro en su territorio.

¿Se aplica el artículo a todas las pensiones de invalidez? Pues en el régimen de países con legislación A, donde sólo el último de ellos paga el total de la pensión debida, la exoneración de éste tiene mayores consecuencias que cuando paga cada Estado una parte. El artículo 48 se

encuentra referido sólo a las pensiones prorrateadas, es decir, de ordinario existirá uno o varios países más obligados al pago, justamente en donde ha acreditado los mayores períodos de seguro, y tiene sentido el excluir a ese otro en donde apenas trabajó o residió. No obstante, si el hecho causante de la invalidez acaeciera tan pronto como para que en ninguno de los Estados donde el trabajador ha operado superara ese umbral —de ordinario el emigrante solo acredita períodos en dos países, el de origen y el de acogida—, hay una especie de conversión al régimen de legislaciones A y queda obligado a pagar el último país donde el interesado reúna las condiciones exigidas.

Pero volvamos a la situación ordinaria, de dos o más países deudores de los cuales uno se libera a tenor del art. 48. Dos problemas principales se plantean respecto al pago de la pensión: el destino de la parte de pensión debida por los países exonerados, y las pensiones *nacionales* de estos mismos países.

#### 1. Destino de la parte de pensión debida por el país exonerado

El mismo artículo señala el comportamiento a seguir por los demás países obligados, consistente en *añadir* a la totalización el pequeño período satisfecho en el país excluido «al aplicar las normas establecidas en el apartado 2 del art. 46, excepto las contenidas en su letra b». Dicha letra se refiere a la segunda operación de cálculo, la determinación de la parte proporcional que le toca abonar a cada país, la cual debe hacerse, como se recordará, a prorrata de los períodos de seguro o residencia acreditados en su territorio. Al apartar o negar esa fase del cálculo, no proporciona empero la regla sustitutoria, de donde en aplicación estricta del art. 48 cada país deudor debería detenerse en la fase de totalización y no proceder al prorrateo<sup>51</sup>. En realidad el prorrateo se efectúa, pero descontando al país exonerado cuyos períodos de seguro se han tenido sin embargo en cuenta, de donde cada país restante debe pagar más al repartirse la carga del que se excusó<sup>52</sup>.

El país obligado no puede resarcirse por tal motivo ni del trabajador ni de la institución competente exonerada. En el *asunto Vermaut* 55/81, el TJE resolvió que un Estado miembro no tiene derecho a exigir al trabajador el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de seguro previstos en el art. 48 del Reglamento 1408/71 y cumplidos bajo la legislación de otros Estados miembros, ni la transferencia de cotizacio-

49. Se trataba de la parte C del punto 15 del Anexo VI.

50. *La Sécurité Sociale des personnes qui circulent à l'intérieur*, 433-434. Similarmente lo entienden como una *Verwaltungsvereinfachung* Bauer, Hannemann y Kinzel, *EWG-Rentenversicherung*, cit., 127.

51. La doctrina elude entrar en el tema o lo plantea mal. Así, para Bauer, Hannemann y Kinzel significa que los períodos de seguro cumplidos en el país exonerado se tienen en cuenta para calcular la cuantía teórica, pero no para el cálculo siguiente de la proporción a pagar, de donde resulta normalmente una pensión proporcional más alta (*op. cit.*, 129).

52. Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, decisión n.º 79, de 22 de febrero de 1973 (CEE, *Recopilación de disposiciones comunitarias*, 179-180): «para el cálculo tanto de la cuantía de la pensión teórica como de la *prorrata temporis*».

nes correspondientes a estos períodos que pudieron pagarse en estos Estados miembros.

## 2. Las pensiones nacionales de los países exonerados

Algunos países conceden pensión *nacional* por períodos muy breves de estancia o trabajo en su territorio. Al tratarse de pensiones íntegras, escapan naturalmente de la prorrata y por ende de la regla de exoneración del pago que se adscribe a su ámbito. Más aún, hemos visto reiteradamente que las pensiones nacionales se rigen por la legislación nacional, sin que intervengan las normas de los Reglamentos comunitarios. Así pues, el país en tales circunstancias debe pagar la pensión al solicitante, por pequeña que ésta sea. Sin embargo el reconocimiento de deuda no parecía tan evidente desde el punto y hora en que el país interesado encontraba en el art. 48 un excelente argumento para evadirse de una relación con extranjeros, indeseada como mínimo desde la complejidad burocrática. El art. 48 R.1408 indica que sólo puede acogerse a la exclusión cuando «una vez computados dichos períodos, no se adquiriera ningún derecho con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación», una redacción lo suficientemente impregnada de la oscuridad del Reglamento 1408 como para suscitar dudas fundadas sobre su alcance. Por ello el TJE, en el *asunto Borella* 49/75, declaró que el art. 48 no puede aplicarse cuando el derecho a prestaciones del trabajador migrante o de sus supervivientes deriva ya únicamente de las disposiciones de la legislación del Estado miembro de que se trate.

El ejemplo más palmario o recurrente se encuentra en las pensiones belgas. En el *asunto Malfitano* 76/82, el TJE estimó que, aunque el trabajador no haya cumplido un período de seguro de un año, la institución competente de un Estado miembro está obligada a conceder prestaciones de invalidez si el trabajador ha cumplido la estancia mínima prevista por el Derecho nacional para el nacimiento del derecho. Y no puede alegar que ya no se encuentra asegurado en ese país en el momento de producirse el hecho causante, o que no ha cumplido al menos un año de residencia.

## VI. LAS PECULIARIDADES DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

Los arts. 52 a 63 del Reglamento 1408/71 detallan una serie de reglas de colisión especiales para el caso de pensión originada en riesgo profesional. La mayor parte de ellas, no obstante, se centran en el tema de las prestaciones en especie, tanto sanitarias como de rehabilitación, por lo que escapan al presente estudio. Revisten también importancia los

criterios del art. 93 sobre equiparación de la institución deudora en el reembolso frente a terceros obligados a indemnizar los daños sufridos en caso de accidente sufrido en país distinto, ya sean empresarios, ya compañías aseguradoras. El TJE, en sentencias 31/64 (Bertholet), 33/64 (van Dijk) y 27/69 (CFL), ha aclarado algunos aspectos de las acciones jurídicas de la institución deudora en los derechos del accidentado<sup>53</sup>. En toda la materia sobrevuelan los orígenes de la protección contra accidentes de trabajo, basada en un sistema de responsabilidad empresarial, lo cual acentúa la unidad de la institución competente<sup>54</sup>.

En materia de enfermedades profesionales se otorga un lugar de privilegio a la neumoconiosis esclerógena, denominación genérica de una serie de enfermedades caracterizadas por provocar una esclerosis de los tejidos pulmonares tras una duradera exposición ambiental a sustancias principalmente silíceas. Las pensiones por tal enfermedad se otorgan por el país de la última exposición al riesgo, el cual —a diferencia de las pensiones de invalidez en países de legislación A— se reembolsa de los demás Estados donde sufrió la misma circunstancia, a prorrata (art. 57.5 R.1408/71 y 69 R.574/72):

las dificultades o controversias sobre el reparto de cargas son un asunto interno entre las instituciones correspondientes y en nada afecta a la situación del interesado, frente al cual sólo existe una institución responsable, la competente del Estado de última exposición al riesgo, que es además la que corre con la carga de las prestaciones sanitarias<sup>55</sup>.

En la práctica, como indica Rojas Castro, no han surgido dificultades especiales en la aplicación de este capítulo 4 sobre riesgos profesionales<sup>56</sup>.

Respecto a las legislaciones nacionales, y pese a que nos encontramos en el origen histórico de la Seguridad Social y del Derecho del Trabajo, los infortunios profesionales tienen con frecuencia un tratamiento en materia de prestaciones englobado en las normas sobre enfermedad, invalidez o muerte. Es asimismo habitual conceder las pensiones de invalidez o muerte sin necesidad de acreditar períodos de seguro<sup>57</sup>.

Para terminar este epígrafe, vamos a detenernos brevemente en un problema detectado en torno a las pensiones debidas por accidente de trabajo. Se trata de las dificultades para otorgar las prestaciones correspondientes a un accidente de trabajo ocurrido en otro país. No parece haber problemas cuando el accidente ocurre en una salida esporádica del

53. Tanto la acción subrogatoria como la acción directa del accidentado frente a terceros: Roccella y Tren, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padua, 1992, 150.

54. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, cit., 150.

55. *Ibid.*, 331.

56. *Derecho Comunitario Social*, cit., 56.

57. Cf. ISG-Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik GmbH, *MISSOC*, 98-99 y 138 ss.

trabajador a otro Estado: en tales casos indica el Reglamento 1408/71 que el trabajador que se halle en un Estado miembro distinto del Estado competente percibirá las prestaciones en especie de la institución del país donde ocurrió el accidente, la cual se reembolsará de la institución del país deudor, y las prestaciones en metálico del país deudor (art. 55.1): por tanto, un camionero de una empresa española de transportes que tiene un accidente laboral en Dinamarca percibirá asistencia médica del seguro danés y pensión de la institución española. En cambio, cuando se trata de un trabajador migrante, la duda que se suscita hace referencia a quién debe pagar la pensión de invalidez o muerte. En tales casos, el INSS español viene entendiendo que debe pagar íntegramente la institución del país donde se produce el hecho causante, por lo que de producirse el accidente fuera de España exonera al INSS de responsabilidad, en evidente aplicación de las normas sobre invalidez para países de legislación A. Sin embargo, hemos visto que la mayoría de países se catalogan dentro del grupo B, y para ellos se sigue la misma política de denegar pensiones propias, excepto cuando el país donde se produce el accidente es España. Rojas Castro indica que ningún precepto de los Reglamentos comunitarios prohíbe abonar a prorrata la pensión por accidente de trabajo con países tipo B, por lo cual nos hallamos ante una denegación injusta de la pensión prorrateada española<sup>58</sup>.

Otro caso discutible se produce con la aplicación de las reglas anticúmulo en algunos países comunitarios. El caso más significativo se encuentra en la legislación alemana, donde se reduce la pensión de accidentes de ese país cuando concurre con otra renta extranjera «comparable» (*vergleichbar*) a la alemana<sup>59</sup>. Las normas comunitarias no proporcionan una pista segura sobre el particular, aunque en último extremo cabría interpretarlas en el sentido de considerar a las pensiones de accidente de trabajo como de distinta naturaleza a las de invalidez y vejez: sucede que los Reglamentos comunitarios consideran «prestaciones de la misma naturaleza» a las pensiones de invalidez, de vejez, o de muerte que estén prorrateadas<sup>60</sup>. No se mencionan las pensiones por accidente de trabajo, como se ve, por lo que subsiguientemente habrían de considerarse compatibles o acumulables con aquéllas, a tenor del art.

58. *Derecho Comunitario Social*, cit., 56.

59. § 93.4.4 *Sozialgesetzbuch*, libro VI. La pensión de invalidez profesional se suspende si sumada a la de accidente de trabajo excede los ingresos netos anteriores del asegurado.

60. Número 1 del art. 12 para las disposiciones comunitarias; el segundo párrafo del número 2 del mismo artículo, de similar tenor para las legislaciones nacionales, queda suprimido en la versión modificada del Reglamento 1248/1992, así como también los apartados b y c del art. 7 R.574/72, de similar tenor. Tales supresiones derivan, como indica la Exposición de Motivos del Reglamento 1248/1992, de las reformas introducidas en el capítulo III del Reglamento 1408/1971 (pensiones de vejez), en donde se recoge el concepto tradicional de pensiones de la misma naturaleza (nuevo art. 46 bis, número 1) como las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia calculadas sobre períodos de seguro o residencia, y por ende prorrateadas.

12.1 R.1408<sup>61</sup>. Como indican Colina, Ramírez y Sala, del mencionado artículo se desprende *a contrario sensu* que cabe la acumulación de prestaciones de distinta naturaleza, entre otras posibilidades<sup>62</sup>. Pero la ambigüedad de la interpretación *a contrario* permite a una buena parte de los países miembros establecer limitaciones anticúmulo entre pensiones de invalidez y pensiones por accidente de trabajo, como vemos en el cuadro siguiente<sup>63</sup>:

ACUMULACIÓN PERMITIDA	LÍMITES POR ACUMULACIÓN
Irlanda Gran Bretaña	Bélgica Dinamarca Alemania Grecia Dinamarca Francia Italia Luxemburgo Portugal

La situación es equiparable para Rojas Castro a la contemplada por la sentencia TJE de 7 de marzo de 1991 (*asunto Masgio*), en donde se rechaza la suspensión de una pensión alemana de jubilación por percibir el trabajador una pensión extranjera de accidente de trabajo, en base a que el trabajador migrante no puede estar en peor situación que el trabajador alemán no migrante que percibe de su país la pensión de vejez y la de el trabajador migrante no puede estar en peor situación que el trabajador alemán no migrante que percibe de su país la pensión de vejez y la de accidente de trabajo<sup>64</sup>.

61. «El presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio».

62. *Derecho Comunitario Social*, cit., 146.

63. ISG, MISSOC, 106-107 y 156-157.

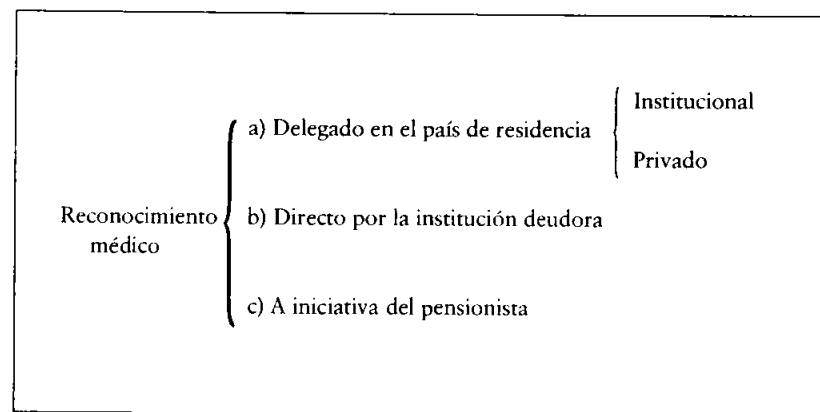
64. *Derecho Comunitario Social*, cit., 152-153.

### Capítulo 3

## CONTROL MÉDICO DE LAS INCAPACIDADES

#### I. INTRODUCCIÓN

El inválido transfronterizo que ha sido autorizado a volver a su país por la institución deudora que le abona la pensión en todo o parte se encuentra con dos tipos de controles sobre dicha pensión: el médico, o seguimiento de la incapacidad y su evolución, con resultados que a veces se dejan influir por las distintas normativas en vigor en cada Estado miembro, como tendremos ocasión de ver; y el jurídico, término amplio en el cual se incluyen aspectos bastante diferentes, desde la revalorización de pensiones hasta la modificación de la situación familiar del pensionista, con el eventual efecto de que se revisa la cuantía de la pensión. Haremos un análisis de las cuestiones suscitadas en torno al tema ateniéndonos al siguiente cuadro:



## II. RECONOCIMIENTO EN EL PAÍS DE RESIDENCIA POR LOS SERVICIOS NACIONALES. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

Las normas de colisión vigentes establecen la posibilidad de que, a requerimiento de la institución competente, los reconocimientos médicos previstos por la legislación de un Estado miembro puedan ser efectuados en el territorio de otro Estado miembro por la institución del lugar de estancia o de residencia del beneficiario de las prestaciones, con arreglo a las modalidades previstas en su propia legislación<sup>1</sup>. Dichos reconocimientos se considera como si hubieran sido efectuados en el territorio del Estado competente. La disparidad de normativas nacionales sobre reconocimientos médicos produce en tales casos efectos perjudiciales para los beneficiarios que hacen aconsejable una reforma del Reglamento 574/71 estableciendo criterios uniformes o, en su defecto una Directiva de armonización. Efectivamente, si tomamos el ejemplo de la legislación española, los reconocimientos médicos vienen regulados por un Real Decreto anterior a la entrada de España en la Unión Europea, el 2609/1982, de 24 de setiembre, completado por una Orden Ministerial de 23 de noviembre del mismo año. Según tales normas, los inspectores médicos que integran las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades (en adelante, UVMI) en las Delegaciones Provinciales del INSALUD —o en las correspondientes circunscripciones provinciales de las Comunidades Autónomas con competencias sanitarias transferidas— deben emitir los informes y dictámenes médicos preceptivos en la disminución de incapacidad para el trabajo a efectos de la declaración de invalidez y de su revisión (art. 3.1 a del Real Decreto), mientras que al INSS corresponde la calificación jurídica de esos dictámenes médicos, declarando las situaciones de invalidez, sus grados y la contingencia que las producen (art. 2.1 a del mismo Real Decreto).

Del conjunto de normas se derivan al menos cuatro tipos de problemas:

— El médico evaluador reduce su función a emitir un informe o dictamen. La legislación española nada establece respecto a la forma de elaborar el informe, gozando el facultativo de amplia libertad para llegar a sus conclusiones<sup>2</sup>. En cierta medida, el formulario o modelo impreso a rellenar se convierte en el vehículo orientador de su celo profesional, por lo cual hay de hecho una distinta actuación a segundas del país que solicita

el reconocimiento: en años anteriores a la entrada de España en la CEE se hicieron famosos por su exhaustividad los modelos alemán y holandés, repletos de preguntas de gran detalle<sup>3</sup>. La Unión Europea ha procedido a unificar elemento tan valioso de la información sobre el estado del pensionista proporcionando el modelo de siete páginas E-213 como único a utilizar, en el lenguaje del país de residencia, por la institución que efectúa el reconocimiento; todo informe médico para o desde los países comunitarios se realiza por consiguiente según el mencionado modelo, por lo que han terminado las posibles diferencias y las dificultades generadas por el distinto modelaje de cada país. No obstante, deben mencionarse dos excepciones: por una parte, los reconocimientos efectuados para Alemania y Holanda deben acompañarse del formulario E-214, el cual reproduce las minuciosas preguntas de los antiguos convenios bilaterales, sin que conozcamos la razón para ese trato diverso<sup>4</sup>; por otra, los reconocimientos médicos efectuados para países extracomunitarios han de seguir los formularios contemplados por el correspondiente convenio bilateral, y en ellos se advierte la continuidad del problema, con extensiones y detalles de muy diferente tenor. El contraste entre el detallado rastreo de elementos para el diagnóstico que se exige por algunos países y la sobriedad de otros sorprende a quien tiene ocasión de comparar ambos extremos. El gobierno español debería aspirar en lo posible a unificar los cuestionarios, pese a las lógicas resistencias de cada país extracomunitario, que pretenderá idéntico objetivo..., ajustado a sus propios términos. El INSS, por otra parte, se encarga de verter los modelos bilaterales al castellano —también el E-213 se encuentra en castellano si la institución competente para el reconocimiento es española—, excepto, que sepamos, el formulario hispano-brasileño, que cuando se solicita por parte del Brasil se presenta redactado en portugués, con sustanciales variaciones en la terminología médica de algunas situaciones psicosomáticas.

En ocasiones no se pide por la institución deudora el reconocimiento *standard* del formulario preestablecido, sino un concreto análisis o exploración. Aun cuando las UVMI se ubican de ordinario en ambulatorios u hospitales, sus medios propios pueden no bastar para lo solicitado, requiriendo entonces la opinión de un especialista, el cual suele buscarse entre el personal del centro donde radica el servicio. Según nuestras

1. Art. 87 del Reglamento CEE 1408/1971. En realidad, el art. 87 se remite a lo establecido en el Reglamento de aplicación CEE 574/1972 «o, en su defecto, a las condiciones concertadas entre las autoridades competentes de los Estados miembros interesados», pero el art. 115 del Reglamento 574 se remite a su vez a las modalidades previstas en la legislación del lugar de residencia o estancia.

2. La Disposición Final 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, facultó a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Sanidad y Consumo para normalizar los informes y dictámenes médicos mencionados, sin que hasta la fecha se haya efectuado.

3. Tiempo de resistencia bajo el agua, kilómetros que puede recorrer en una silla de ruedas, etcétera.

4. A nivel interno español, la Circular INSS 19/1986 incorpora el modelo E-214 como solicitado desde el modelo E-213, en su nota 11. El formulario E-214 se titula «Informe médico relativo a la evaluación de las capacidades y límites funcionales» y lleva un subtítulo que reza: «Se acompañará al formulario E-213 cuando esta indicación figure en el punto 5 de la parte III del mismo [es decir, cuando lo haya solicitado Alemania u Holanda] o incluso cuando lo solicite una institución competente de otro Estado miembro».

noticias, se responden directamente los datos referentes a radiología, analítica, espirometría, electrocardiograma y otros. En cambio, se remite a un especialista la petición de peritaje psiquiátrico, neurológico y otros. En todo caso la remisión se efectúa a médicos de la propia institución sanitaria pública.

— La dedicación de los médicos evaluadores varía en la normativa estatal según las necesidades del servicio, dedicando a la función toda o parte de la jornada laboral<sup>5</sup>. Un cierto número de quejas de los pensionistas proviene de las actuaciones cuasi negligentes, o al menos no exhaustivas, de algunos facultativos de las UVMI cuando reciben formularios complejísimo, formalizados al máximo, en los que deben detallarse una gran cantidad de datos para el seguimiento de la invalidez transfronteriza. El hecho de que los gastos del reconocimiento corran por cuenta de la institución competente extranjera<sup>6</sup> permitiría a la institución del país de residencia percibir —y pagar a sus facultativos— honorarios superiores a los habituales en tales casos, aun cuando mantenemos como mejor solución definitiva la unificación de los formularios y criterios para el examen médico. El problema no se presenta con la misma intensidad en las Comunidades Autónomas con competencias sanitarias transferidas que hayan optado por dedicar a tiempo completo a los médicos de la UVMI, como sucede por ejemplo con Andalucía<sup>7</sup>.

5. Orden de 23 de abril de 1983, sobre estructura de las UVAMI, art. 4.4.

6. Art. 105, Reglamento 574/72: «1. Los gastos resultantes del control administrativo, así como los gastos de reconocimiento médico, períodos de observación, desplazamientos de médicos o comprobaciones de cualquier clase a que haga falta proceder para otorgar, abonar o revisar las prestaciones, serán reembolsados a la institución a cuyo cargo hayan estado, con arreglo a la tarifa que aplique la misma, por la institución a cuenta de la cual hayan sido efectuados. 2. No obstante, dos o varios Estados miembros, o sus respectivas autoridades competentes, podrán concertar otras formas de reembolsos, especialmente en la modalidad a tanto alzado, o renunciar a toda clase de reembolsos entre instituciones». En cuanto a los convenios bilaterales, cf. art. 17 del Convenio bilateral hispano-alemán de Seguridad Social, de 4 de diciembre 1973: «En los casos previstos en el art. 16 [prestaciones sanitarias], el organismo competente debe reembolsar al organismo del lugar de residencia las cantidades abonadas por prestaciones sanitarias o económicas que éste haya satisfecho a cargo del organismo competente. Las liquidaciones de estos gastos se efectuarán según las modalidades establecidas en el Acuerdo complementario, bien previa justificación de los gastos reales o sobre la base de importes a tanto alzado». Las modalidades, en el art. 14 del Acuerdo complementario de 17 de diciembre de 1975. Art. 31 del Acuerdo Administrativo España-Bélgica de Seguridad Social, de 30 de julio 1969: «Los gastos resultantes de los exámenes médicos de los períodos de observación, de los desplazamientos de los médicos y de los beneficiarios de las investigaciones administrativas y médicas, así como cualquier gasto de administración necesario para el ejercicio del control, serán soportados, para los inválidos residentes en España, por el organismo español competente, y para los inválidos residentes en Bélgica por el Instituto Nacional del Seguro de Enfermedad-Invalidez». También el art. 42 del Acuerdo Administrativo hispano-francés de Seguridad Social de 31 de octubre 1974: «Los gastos resultantes de los controles médicos y administrativos efectuados por las Instituciones del país de residencia o estancia a petición a las Instituciones del país de afiliación serán a cargo de las Instituciones del país de residencia o estancia».

7. Cf. Decreto de la Junta de Andalucía de 21 de diciembre 1991 y Resolución del Servicio Andaluz de Salud 71/1989.

— Por otro lado, las competencias sanitarias se encuentran asumidas por Comunidades Autónomas con gran número de inválidos retornados, como Andalucía, y van camino de serlo para otras en idéntica situación, como Galicia, mientras la institución competente (receptora de la petición de control, y a su vez peticionaria del informe médico) es el INSS, no transferido sino integrado en el aparato organizativo estatal. No es improbable que se produzcan fuertes desfases entre el ente autonómico y el ente centralizado, como parece avalarlo la creación por la Junta de Andalucía de una «ventanilla única» denominada OCAER.

A nuestro juicio, convendría una mejor coordinación interna del trámite, lo cual nos plantea la cuestión de si podrían unificarse en una sola institución todas las fases cumplidas en nuestro país. Los servicios sanitarios transferidos a las Comunidades Autónomas sufren seguramente la tentación de desvincularse de las consecuencias jurídicas de sus actos cuando quien responde de ellas va a ser el INSS, por lo que pueden considerar adecuada una más que generosa relación de secuelas en beneficio, justificado o no, del pensionista. No cabe pensar en la unificación centralizadora de trámites, pues el Estado de las autonomías avala lo contrario, la descentralización mediante transferencia a las Comunidades Autónomas de las competencias listadas en la Constitución. Pero en ese listado, el art. 149.1.2.<sup>a</sup> CE confiere competencia exclusiva al Estado sobre cuestiones de «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo», por lo que nuestro tema parece inexorablemente condenado a un tratamiento dual, del INSS estatal y de los servicios sanitarios autonómicos en las regiones donde se encuentran transferidos. No obstante, la solución adecuada debe ser otra. Venimos hablando de los emigrantes *retornados*, es decir, de españoles residiendo en España, si bien en algún momento de su vida trabajaron en el extranjero. Su situación actual no puede calificarse como migratoria: únicamente sufre un factor de transnacionalidad consecuencia del respeto a los derechos adquiridos en otro país<sup>8</sup>. Bajo tal prisma, ¿deberíamos considerar emigrante a cualquier español que mantenga relaciones jurídicas con instituciones de otros países? Más aún: ¿merece la calificación de emigrante el español que perciba unas rentas (un rendimiento, un interés, una participación económica), de una institución radicada en el extranjero? El inválido retornado vive y eventualmente trabaja en España; su condición pretérita de emigrante no puede adjudicarsele perennemente. En consecuencia, la atención de sus problemas no compete *ab initio* al Estado bajo el imperio del art. 149.1.2.<sup>a</sup> CE.

8. Sobre la consideración del cómputo de cotizaciones (totalización) y del reconocimiento de las situaciones causadas en otro país como respeto a los derechos adquiridos, véase la exposición de Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, cit., 179 ss.

Con lo cual no derivamos, inevitablemente, a que la materia estudiada deba transferirse *in toto* a las Autonomías correspondientes, dada la inserción de los reconocimientos médicos en el más amplio aspecto del reconocimiento y revisión de pensiones. Debe retenerse aplicable en su caso el ordinal 1.17.<sup>9</sup> del mismo artículo CE, sobre competencia exclusiva del Estado en materia de régimen económico de la Seguridad Social. Y la vigente Ley de Emigración adscribe el Instituto Español de Emigración la red de asesores laborales y las prestaciones económicas para asesoramiento jurídico que examinaremos más abajo. Nuestra posición permite sólo una pequeña, aunque significativa y probablemente eficaz, alteración de los trámites, a saber: que el reconocimiento médico pueda solicitarse directamente a las Comunidades Autónomas con competencias sanitarias, evitando así las distorsiones advertidas.

En definitiva, la asistencia al emigrante retornado merece la calificación de asistencia social, bloque transferible a virtud del art. 148.1.20.<sup>9</sup> CE; la gestión sanitaria es asimismo transferible dentro del bloque de la Seguridad Social; en cambio, las prestaciones económicas, con su secuela de calificación de grados de invalidez, revisiones, etc., han de mantenerse en el ámbito exclusivo del Estado, es decir, del INSS.

— Algunas de las quejas formuladas por las asociaciones de emigrantes retornados señalan que el INSS remite a la institución competente extranjera una calificación de la incapacidad junto al informe médico, perjudicando los intereses del inválido. Con tal adición se lesionan en no pocos casos los derechos del pensionista. Téngase en cuenta que grados como los de incapacidad *parcial* para la profesión habitual no se conocen en la seguridad alemana, con su principio de «todo o nada», o que la incapacidad permanente total *cualificada* en realidad equivale a la invalidez absoluta en diversas legislaciones. De tal forma podría decirse con un punto de crítica que dictámenes médicos apresurados se integran con calificaciones rutinarias y se remiten a sistemas aseguratorios muy analíticos donde friccionan con los hábitos administrativos del país, perjudicando además en ocasiones al pensionista.

En la normativa general del tratamiento de incapacidades, la calificación del grado de invalidez compete al INSS a través de la Comisión de Evaluación de Incapacidades (CEI)<sup>9</sup>, a la vista del dictamen de la UVMI. Sin embargo, la responsabilidad originaria no corresponde en esta ocasión al INSS, sino justamente al modelo de formulario E-213 europeo, el cual solicita al médico toda una batería de respuestas jurídicas de trascendental importancia en su parte III, que nos permitimos reproducir<sup>10</sup>:

### Parte III

1. Fecha efectiva de cesación del trabajo:
2. La invalidez para el trabajo ejercido en último lugar es:
  - total • parcial
 Si es parcial, indicar el grado:
3. Grado de invalidez para todo otro trabajo en relación con las aptitudes del interesado:
4. Clase de invalidez:

No nos explicamos jurídicamente la exigencia de un pronunciamiento de ese carácter por el facultativo de la UVMI. La misma choca con el Reglamento 1408/1971, cuyo art. 87 habla exclusivamente de reconocimiento médico por cuenta de otro país, mientras el art. 44.1 del Reglamento 574/1972 explicita que únicamente la institución instructora está habilitada para tomar la decisión sobre el grado de invalidez del solicitante. La calificación adicional pedida al médico, aunque no puede enervar la competencia del país deudor, interfiere en ella de forma gratuita, con los perniciosos efectos mencionados.

Sólo cabe plantearnos, para terminar con la cuestión, por qué el formulario E-213 incluye la referida calificación. La respuesta debe estar en las inercias normativas tan habituales en el mundo jurídico, o dicho en otras palabras, en los hábitos adquiridos bajo el imperio de normas ya derogadas, en nuestro caso de los convenios bilaterales. Las sospechas se confirman cuando vemos por ejemplo en el art. 28 del Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social España-Holanda que las solicitudes de prestaciones por invalidez se presentarán por los interesados ante la institución del lugar de su residencia, que dará traslado a la institución competente del otro país adjuntando, entre otros documentos, el dictamen médico sobre la causa, grado de invalidez y medidas posibles para la recuperación de la capacidad de trabajo, sin que exista en capítulo 2, dedicado a las prestaciones por invalidez, ninguna referencia a las revisiones médicas. Igual imbricación se encuentra en el art. 47 del Acuerdo administrativo hispano-francés en tema de reconocimiento de pensiones, para el que la institución competente del país de residencia deberá remitir a la competente del otro país «un certificado médico que determine la causa y el grado de invalidez»<sup>11</sup>.

9. RD 2609/1982, de 24 de septiembre, art. 6

10. El texto completo del formulario se encuentra *infra*, epígrafe 10.8.

11. No así el Acuerdo Administrativo hispano-belga de Seguridad Social de 1969, cuyo art. 24 alude sólo a «los reconocimientos que permitan determinar el grado de invalidez del interesado».



### III. RECONOCIMIENTO EN EL PAÍS DE RESIDENCIA POR FACULTATIVO ELEGIDO POR LA INSTITUCIÓN DEUDORA

Tampoco para la institución deudora debe ser cómoda la situación ante los retrasos de la institución de residencia, y quizá por ello se practica por algunos países una delegación de competencias en médicos privados españoles para la realización del informe médico con todos los datos requeridos: el consulado alemán, por ejemplo, en la ciudad de residencia del pensionista encarga a un facultativo del lugar efectuar el reconocimiento médico. Ya hemos visto la licitud de esa decisión en base a normas comunitarias. La duda surge en cuanto a la propia actuación del médico privado, a su pulcritud en los resultados obtenidos, a la ausencia de controles. A lo que parece, Alemania prefiere delegar en médicos privados españoles, Holanda recaba el informe de los servicios oficiales españoles y después reclama al pensionista para efectuarle otro examen en su territorio, y Francia utiliza el informe de la UVMi sin mayores problemas. De nuevo aquí tiene presumiblemente influencia la normativa anterior, pues en el caso alemán sólo se exigía por el convenio bilateral con aquel país que los organismos competentes «tuvieran en cuenta» los certificados médicos y los datos administrativos que los organismos del otro Estado le remitieran, teniendo en todo caso el derecho de cada organismo competente a someter al asegurado a reconocimiento por un médico de su elección<sup>12</sup>. Y el hispano-holandés insistía en que cada institución competente conservaría el derecho a proceder al examen del titular por un médico de su elección y de adoptar las medidas que tendieran a preservar, restablecer o mejorar la salud del titular de prestaciones, así como su capacidad para el trabajo<sup>13</sup>. En cambio, el Acuerdo administrativo de Seguridad Social España-Francia indicaba sencillamente que el control médico y administrativo de los titulares de prestaciones de invalidez sería efectuado a petición de la institución deudora por los servicios de la institución del país de residencia del titular<sup>14</sup>.

Una cuestión relevante se plantea en torno al carácter vinculante o no de los informes médicos de la institución de residencia para la institución del país deudor. Anteriormente vimos cómo la competencia para decidir sobre el grado de invalidez corresponde a esta última, pese a lo cual las calificaciones jurídicas efectuadas por los facultativos del país de residencia en el formulario E-213 influyen aparentemente más de lo debido. Ahora nos planteamos otro problema: el valor vinculante del reconocimiento médico en sí, de los datos *psicosomáticos* arrojados por la exploración efectuada al pensionista. En caso de efectuar un reconocimiento suplementario por un médico propio o directamente elegido por la institución

deudora, si sus resultados discreparan de los obtenidos por los servicios de la institución de residencia, ¿cuál de los dos debe prevalecer? Las normas comunitarias nada establecen sobre el particular, y claramente la institución deudora seguirá el diagnóstico de sus propios médicos sobre el de los otros, de manera que al pensionista perjudicado sólo le quedará recurrir la resolución adoptada por la institución deudora ante los tribunales. No siempre se acude a un segundo reconocimiento, sin embargo, y el interrogante consiste ahora en saber si la institución deudora debe sujetarse al diagnóstico oficial del país de residencia o puede por el contrario ignorarlo en su decisión. El tema fue examinado por el TJE en sus sentencias de 12 de marzo de 1987, *asunto Rindone*, y de 3 de junio de 1992, *asunto Paletta*, referidos ambos a emigrantes italianos trabajando en Alemania que enfermaron cuando se encontraban en Italia; en los dos casos la institución competente prescindió del reconocimiento mediante facultativo de su elección, pero se negó a aceptar el informe de los médicos italianos, por merecerle «serias dudas» su veracidad, como se alegaba en el segundo caso. El tribunal entendió que

la institución competente... queda vinculada jurídica y fácticamente por las comprobaciones médicas efectuadas por la institución del lugar de residencia o de estancia en cuanto al nacimiento y la duración de la incapacidad cuando no someta al interesado a un reconocimiento efectuado por un médico de su elección.

Ni siquiera cuando los trámites previstos en el art. 18 del Reglamento 574 se cumplen en tiempo y forma (tres días para que el interesado presente un certificado de incapacidad laboral expedido por su médico ante la institución del país de residencia, y tres días para que ésta lo remita a la institución competente en los casos del número 3 de dicho artículo) queda desvinculada la institución competente de lo establecido en el informe foráneo<sup>15</sup>.

El *asunto Paletta* también ha servido para dilucidar un aspecto relativamente marginal, el de la responsabilidad de las instituciones deudoras cuando no son las indicadas como *competentes* en las normas comunitarias. Los cinco italianos del caso demandaban al empresario alemán para el cobro de las prestaciones a que le obliga su legislación durante las primeras seis semanas de incapacidad laboral transitoria<sup>16</sup>,

15. *Asunto Rindone*, 22/86, n. 2. En el mismo caso se rechaza expresamente la versión de la institución deudora, la *Allgemeine Ortskrankenkasse Bad Urach-Münsingen*, y del gobierno británico, en el sentido de no vinculabilidad de hecho ni de derecho del informe médico foráneo.

16. *Lohnfortzahlungsgesetz* de 27 de junio de 1969, modificada por Ley de 20 de diciembre de 1988, art. 1.1: «El trabajador que tras el comienzo de su relación laboral no pudiera realizar su trabajo por incapacidad derivada de enfermedad, sin culpa a él imputable, no perderá su derecho a la retribución durante un período de seis semanas». El precepto no se aplica en ciertos casos, como el contrato a tiempo parcial de reducida duración, o los contratos temporales asimismo de breve extensión. También en Dinamarca debe abonar el empresario las prestaciones de las dos primeras

12. Convenio de Seguridad Social de 4 de diciembre 1973, art. 31.  
13. Acuerdo Administrativo de Seguridad Social de 5 de febrero 1974, art. 31.3.  
14. Acuerdo Administrativo de Seguridad Social de 31 de octubre 1974, art. 50.

pese a que las normas comunitarias aluden en todo momento a instituciones oficiales de la Seguridad Social pública de cada país miembro, tanto en su articulado como en los Anexos donde se detallan las autoridades e instituciones competentes. El TJE declara la vinculación a los informes médicos extranjeros en la situación antes expresada, aun en el caso de que la institución competente sea el empresario y no la Seguridad Social. Indirectamente también, al denominar al empresario bajo el apelativo común de «institución competente», parece estar admitiendo su derecho a hacer examinar al trabajador por un médico de su elección, privado o público, evitando tener que recurrir forzosamente a los servicios sanitarios de la institución pública de su país, que al no estar obligada al pago quizá presente resistencias y obstáculos burocráticos a la hora de asumir el reconocimiento gratuitamente.

El pronunciamiento judicial acabado de examinar tiene también consecuencias para otras situaciones de superior alcance a las de la simple prestación durante las primeras semanas de incapacidad laboral transitoria. De constreñirse únicamente a tales efectos, no habría tenido interés en la revisión de incapacidades. En la materia objeto de nuestro análisis influye, por el contrario, en supuestos donde no se operó la traslación de responsabilidad desde el empresario a la Seguridad Social, por lo que la «institución deudora» permanece siendo aquél, total o parcialmente<sup>17</sup>. El importe de su obligación para con el trabajador inválido quedará determinado por el informe médico de la institución de residencia, el cual vendrá utilizado a su vez por la institución propia para calificar el grado de incapacidad y la cuantía de la indemnización económica a abonar por el empresario.

#### IV. RECONOCIMIENTO EN EL PAÍS DE LA INSTITUCIÓN DEUDORA

Respecto a la facultad de ordenar al pensionista el desplazamiento al país de la institución deudora para hacerle objeto de un nuevo reconocimiento, el art. 51.1 del Reglamento 574/1972 sólo atribuye facultad a la institución deudora para hacer examinar al pensionista por un médico designado por ella, sin mayores precisiones. Ya en el antevisto *asunto*

semanas de incapacidad (Pieters *et al.*, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social...*, cit., 72). Como puede verse, el precepto es similar al establecido recientemente en España por el DL 5/1992, de 21 de julio, por el cual debe abonar el empleador la prestación correspondiente a los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive.

17. Sobre todo en los casos donde no juegue, como en España, el principio de automaticidad de prestaciones, lo que sucede, siempre para nuestro país, especialmente respecto a las prestaciones de invalidez permanente derivada de accidente no laboral, con excepción de las prestaciones sanitarias. Cf. al respecto Alarcón Caracul y González Ortega, *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, 1991, 135 ss.; Alonso Olea y Tortuero Plaza, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1992, 438-439; Almansa Pastor, *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, 1991, 356 ss.

*Rindone*, el TJE había determinado la incompatibilidad del desplazamiento con el respeto debido a la salud del trabajador, mientras estuviera incapacitado para el trabajo por motivo de enfermedad<sup>18</sup>, lo cual sólo relativamente podía considerarse aplicable al supuesto de invalidez. Las dudas han venido resueltas por el *asunto Martínez Vidal*, el pensionista español de la seguridad social holandesa al que mencionábamos en páginas anteriores. El fallo del TJE ha sido favorable al desplazamiento, aun cuando estableciendo dos requisitos: que no ponga en peligro la salud restante del inválido, y que la institución deudora abone los gastos provocados. La misma sentencia aborda el interrogante de qué institución ha de determinar si el inválido se encuentra en condiciones de viajar: compete a la del lugar de residencia la comprobación antedicha, que de llegar a un resultado negativo no impedirá que la institución deudora pueda verificar *in situ* dicha situación. Por el detallismo con el cual se prepara el retorno del pensionista al país de acogida y el elevado costo que se trasluce de toda la operación, insertamos una carta real de la institución competente holandesa a una beneficiaria española:

GEMEENSCHAPPELIJKE MEDISCHE DIENST

GMD

Sra. D.<sup>a</sup> I.P.R.S.  
Spanje

Asunto: Reconocimiento médico en Holanda.

Distinguida Señora:

Con respecto a sus derechos a una prestación económica holandesa de incapacidad laboral nuestro servicio, que aconseja la *bedrijfsvereniging* en materia del grado de incapacidad, debe seguir al corriente de su estado de salud actual. Por este motivo le rogamos venga a Holanda para un reconocimiento médico, cuyos gastos correrán a nuestro cargo.

El 8 de julio de 1992 (miércoles) se le espera en Holanda. Hemos reservado un asiento en un vuelo desde el aeropuerto de Vigo. Al pie de la presente le indicamos los datos de los vuelos. Le rogamos que Vd. misma se ponga en contacto con la compañía aérea Aviaco de Vigo para arreglar lo que toca a su billete de avión, mientras nuestro servicio atenderá al pago del mismo. Sírvase presentarse ante la compañía citada aproximadamente una semana antes de la fecha de su salida.

Además le rogamos cumplimente y firme la carta respuesta adjuntada, devolviéndonosla en el sobre unido, comunicándonos si dispone de alojamiento durante su estancia en Holanda o si tenemos que reservarle un hotel.

18. El enfermo «no está obligado a volver al Estado de la institución competente para someterse en él a un examen médico»: ordinal 3 del fallo.

Hemos arreglado citas con los especialistas siguientes:

— viernes, el 10 de julio de 1992 a las 11.50 horas con el Dr. O.P. Bleker (ginecólogo); dirección: Onze Lieve Vrouwe Gasthuis, 3.<sup>o</sup> Oosterparkstraat 179, Amsterdam.

— lunes, el 13 de julio de 1992 a las 10.00 horas con el Dr. H.J. Voorman (internista); dirección: Ziekenhuis Amstelveen, Laan van de Helende Meesters 8, Amstelveen.

— lunes, el 13 de julio de 1992 a las 16.00 horas con el Dr. B. Hoek (psiquiatra); dirección: Weesperzijde 19-I, Amsterdam.

Un intérprete estará presente en estas citas. En caso de tomar medicinas, por favor tráigalas.

Se le espera en nuestra oficina el 14 de julio de 1992 (martes) a las 09.30 horas. Dirección: Gatwickstraat 1 (esquina Basisweg/ cerca de la estación Sloterdijk), Amsterdam.

En esta cita deberá presentar un válido documento de identidad (pasaporte, permiso de conducir, etc.). En esta ocasión puede reclamar sus gastos presentando cuentas correspondientes. Sin éstas, de ninguna manera las podemos pasar al abono de las mismas. Los demás gastos de viaje le serán reembolsados según las tarifas del transporte público 2.<sup>a</sup> clase. ¡No se abonan los gastos de taxi! Llamamos su atención hacia el hecho de que no compensaremos cualquier gasto ocasionado para obtener un pasaporte, un visado, etc.

#### Esquema de vuelos:

VIAJE DE IDA: fecha: 8 de julio de 1992 (miércoles)

Vuelo N.º: AO 115	salida: Vigo	17.30 horas
	llegada: Madrid	18.25 horas
Vuelo N.º: IB 3244	salida : Madrid	19.35 horas
	llegada: Amsterdam	21.55 horas

VIAJE DE VUELTA: fecha: 16 de julio de 1992 (jueves)

* Vuelo N.º: IB 3245	salida: Amsterdam	07.30 horas
	llegada: Madrid	09.55 horas
Vuelo N.º: AO 114	salida: Madrid	11.35 horas
	llegada: Vigo	12.35 horas

Hay casos en que el desplazamiento a otro país bajo la normativa de los Reglamentos comunitarios no se efectúa contra la voluntad del beneficiario, sino justamente a instancias o por conveniencia suya. Quizá cuando el inválido se encuentra en tratamiento rehabilitador, por agravamiento de la situación o sencillamente porque se requiera un análisis concreto, hay ocasiones en que los servicios del país de residencia no cuentan con la estructura adecuada, mientras por el contrario existe en otro país comunitario. La cuestión no se ha planteado respecto a las prestaciones de invalidez, pero sí en cuanto a las de enfermedad, y sus reglas las considero aplicables por analogía. En STSJ Castilla-León de 29

de junio de 1990 se contempló el caso de un tratamiento tumoral en Francia porque la Seguridad Social española no disponía de los medios adecuados. En el relato de los hechos probados se recoge la autorización del INSALUD a la paciente para desplazarse a Francia bajo el seguro de enfermedad francés; posteriormente la Seguridad Social española reembolsa a la francesa el importe de los gastos, pero entiende que el canon o «ticket moderador» francés debe abonarlo la beneficiaria, en igualdad de condiciones con los beneficiarios franceses<sup>19</sup>. El art. 22 del Reglamento 1408/1971 indica al respecto la adaptación a las normas del país donde recibe el tratamiento, como si estuviera afiliado en el mismo, en las prestaciones en especie, mientras que las prestaciones en metálico las abona la institución del país de origen según su normativa. La sentencia citada declara, de forma un tanto sorprendente, la obligación de la Seguridad Social española de reembolsar el costo íntegro del tratamiento conforme a la legislación española, liberando por ello al paciente del «ticket moderador»:

del citado artículo resulta claro que la institución competente (es decir, la remitente o de origen) viene obligada a soportar las prestaciones en especie que dispensa la institución del lugar, y también a abonar las prestaciones en metálico según su propia legislación, lo que supone, como acertadamente razona el juzgador de instancia, remitirnos a la legislación española en la materia que nos ocupa (reintegro de gastos por atención sanitaria en centros ajenos a la S.S. española) que no es otra que el D 2766/1967 de 16 nov. y más concretamente su art. 18 [...] no existe razón alguna con amparo en el mencionado art. 18 para que sólo se le reintegre parte de los gastos.

#### V. RECONOCIMIENTO A INSTANCIAS DEL PENSIONISTA

Prácticamente hemos resuelto con las normas citadas la cuestión de si sería posible para el pensionista aportar un dictamen médico adicional, bien sustanciado por un facultativo privado, bien por la institución de residencia. En la legislación española se admite la revisión *de las incapacidades* a solicitud del trabajador beneficiario, habiendo establecido las SSTS de 24 de junio y 26 de octubre de 1991, en unificación de doctrina, que dicha solicitud por parte del beneficiario<sup>20</sup> podrá realizarse en cualquier momento. Nada se dice de la aportación de informes médicos ajenos a la institución, ni de la emisión de nuevos informes médicos por ella misma, ni, en fin, de la remisión de informes a la institución del otro Estado para contrastarlos con los antes obtenidos. Tampoco las normas de colisión comunitarias son más explícitas: el art. 41 del Reglamento 1248/1992

19. Circular 8/1989, de 2 de junio, del Ministerio de Sanidad y Consumo.

20. Art. 37 a, Orden de 15 de abril de 1969.

indica qué Estado debe asumir el aumento de prestaciones derivado de una *agravación* de la invalidez, pero sin especificar los procedimientos seguidos para la recalificación; la institución deudora habrá de tener en cuenta la agravación «de conformidad con lo dispuesto en la legislación que aplique», norma en blanco que remite, pues, a los Ordenamientos nacionales. Habrá de estarse a lo regulado por cada uno de ellos para conocer las posibilidades del pensionista en esta materia.

Donde sí pueden hacerse valer las dudas sobre la validez del dictamen médico emitido es en la vía procesal seguida contra la resolución administrativa que otorga o deniega la prestación, es decir, en la calificación de la invalidez por el INSS o institución competente de los demás países comunitarios. Nuestra jurisprudencia está plagada de casos sobre errores de diagnóstico o errores de calificación producidos por una inexacta apreciación de los datos psicofísicos observados. En el curso del juicio, el INSALUD u organismo autonómico equivalente deben suministrar apoyo facultativo al INSS, y no siempre el médico enviado a la prueba pericial coincidirá con quien formuló el dictamen de origen; por otra parte, el pensionista demandante puede aportar dictámenes médicos y desde luego el juez exigirá la intervención del médico forense cuando así lo estime oportuno para mejor proveer.

## Capítulo 4

### LAS PENSIONES DE VEJEZ

#### 1. PANORÁMICAS NACIONALES

Si complejo y dispar se mostraba el panorama de las legislaciones nacionales en materia de invalidez, mayores dificultades aún encuentra el trabajador transfronterizo a la hora de determinar sus derechos de jubilación en un país comunitario, y de coordinarlos con los causados en el propio e incluso en un tercero más, quizá. Los problemas no sólo surgen de la fuerte dispersión de las legislaciones, que examinaremos brevemente a continuación, sino en la evolución normativa en cada país, de la que el trabajador se resiente por la larga duración de los períodos a tomar en cuenta para el derecho a prestaciones.

##### 1. *El dualismo legislativo simple*

Los Reglamentos comunitarios no pretenden unificar o armonizar leyes tan dispares, como ya se ha dicho, y solo se preocupan de garantizar aspectos como la igualdad de trato, el cómputo recíproco de cotizaciones, la *pro rata temporis*, la exportación de prestaciones, y cuestiones conexas —lo que no es poco, dicho sea de paso—. Sólo en los Anexos, principalmente del Reglamento 1408, se detecta alguna intención de identificar a los distintos países. Así, y dado que su art. 46.2 a distingue entre aquellos en donde la cuantía de la prestación se hace depender de los períodos de cotización o de residencia cumplidos por el trabajador, y aquellos otros en donde la cuantía es independiente de ello, el Anexo IV.D señala qué países se encuentran en una posición o en otra respecto a la pensión de jubilación: sólo Dinamarca, cita el Anexo, reconoce la pensión nacional completa de vejez, «adquirida tras diez años de residencia por las personas a las que se haya abonado una pensión a partir, como máximo, del 1 de

octubre de 1989»<sup>1</sup>. No vamos a comentar la oscuridad del texto transcrito, ni sus múltiples matices, sino a centrarnos en el punto más importante de ese Anexo IV.D: los otros once países comunitarios hacen depender la prestación de los períodos de cotización o de residencia adquiridos por el solicitante. Puede hablarse en consecuencia de la peculiaridad danesa, por reducida que ella sea, a la vista de la generalidad con que los países miembros de la Unión relativizan el monto de las prestaciones de vejez. La situación descrita podemos denominarla como de dualismo legislativo simple porque no tiene consecuencias a efectos de pago de la pensión, prorrateada o unilateral: como dice el art. 46.2 a, cuando con arreglo a la legislación de un país la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos cumplidos, dicha cuantía será considerada como la cuantía teórica objeto de la presente letra; así, si Dinamarca concede una pensión básica de 45.396 coronas al año, ésa será la cuantía teórica a computar por ella en el supuesto mencionado anteriormente del Anexo IV.D, sin tener que acudir a la suma de los períodos de seguro cumplidos en otros países, pero no por ello dejarán éstos de prorratear su parte correspondiente. Se dirá que la misma situación ocurre en la dualidad «plena» de la invalidez, pues en cuanto se halla presente un país *proporcional* ha de prorratearse. Ahora bien, lo diferencial consiste en que si se encuentran presentes sólo países de legislación *fija* únicamente pagará el país donde se produjo el hecho causante de la invalidez, regla que en cambio no existe para la vejez, si bien aún no ha tenido tiempo de contrastarse en la práctica porque sólo hay por el momento un país A, y para un caso concreto.

La convergencia en los condicionantes de la cuantía es aún mayor de la advertible en el texto normativo, el cual habla de dos posibles requisitos, cotización o residencia. En realidad, el factor tenido en cuenta para calcular el importe de la prestación va a consistir normalmente en los períodos de carencia cubiertos, y en su mayoría de los períodos de carencia *efectiva* (años o trimestres de cotización), aunque Alemania se muestre generosa con las asimilaciones y las ficciones de alta (los *Ausfallzeiten* y los *Zurechnungszeiten*)<sup>2</sup> y Bélgica prefiera computar el tiempo trabajado en la vida del solicitante, con independencia de que los salarios percibidos en tal período sean ficticios o reales<sup>3</sup>. El jubilado va a

1. Nueva redacción dada por el Reglamento 1248/1992 al Anexo 4. Con anterioridad, el apartado D, referido al art. 46.2, no existía. La regla general en Dinamarca respecto al derecho a pensión nacional completa exige 40 años de residencia, pues de otro modo se tiene derecho a una pensión reducida. El Anexo 4.D alude, pues, a una excepción de ámbito probablemente bastante reducido: la de quienes han residido durante diez años en el país y disfrutaban de una pensión anterior al 1 de octubre de 1989.

2. *Ausfallzeiten*: períodos en que el trabajador se encontraba impedido de trabajar por circunstancias ajenas a su voluntad, como la incapacidad laboral o el desempleo. *Zurechnungszeiten*: permiten que la persona incapacitada en un momento muy temprano de su carrera perciba una pensión adecuada. Cf. Pieters *et al.*, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, cit., 99 y 104-105.

3. Pieters *et al.*, *op. cit.*, 42.

percibir una pensión variable, según los «períodos de seguro» obtenidos a lo largo de su vida laboral. Con ser importante, este dato no resulta suficiente para disipar la desorientación del trabajador ante el magma normativo de los países comunitarios. ¿Cabe alguna clarificación ulterior, alguna regla aproximada que permita la comprensión de los distintos requisitos nacionales?

Cada país se pierde en su idiosincrasia, sin permitirnos hallar un solo detalle coincidente más allá del anteriormente indicado. Además, no son los únicos factores a tener en cuenta en materia de vejez. Tan trascendental como los condicionantes de la cuantía de la pensión, o quizá más, aparecen los *umbrales mínimos* exigidos para el nacimiento del derecho, que son de dos tipos: el período de carencia, o número de años de cotización o de residencia sin el cual el anciano carece del derecho a prestaciones, y la edad mínima por debajo de la cual se produce la misma situación.

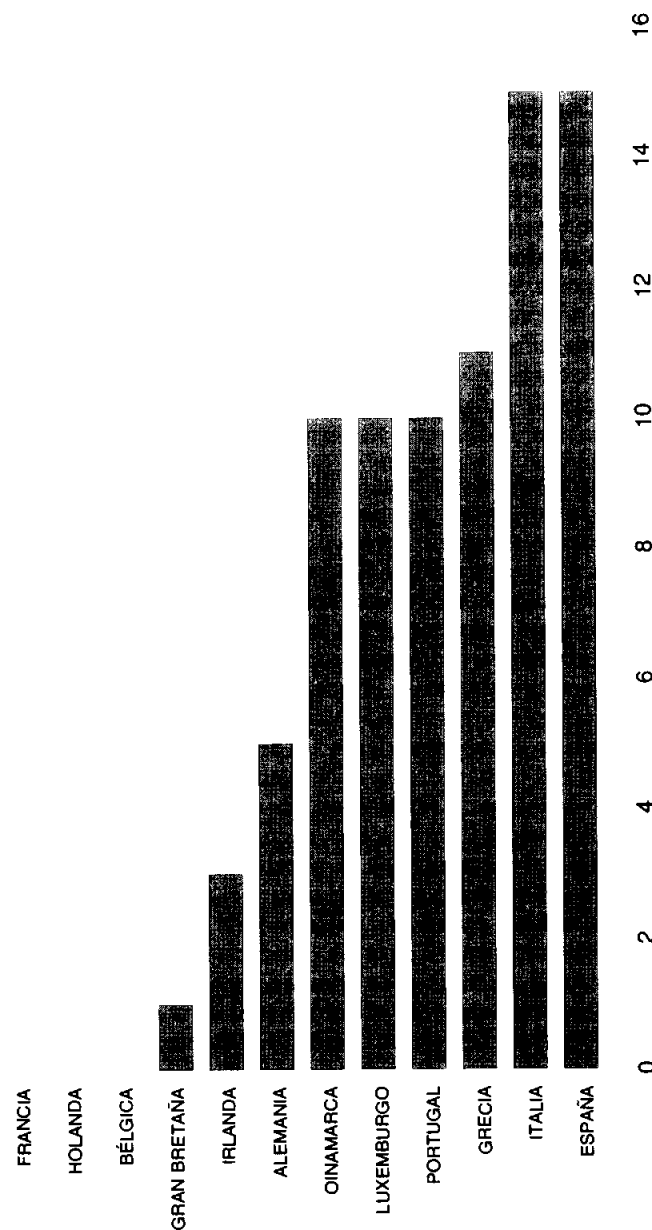
## 2. El período de seguro

Podemos exponer de forma gráfica el umbral de cotización o de residencia exigido en los distintos países comunitarios, con el resultado observable en la página siguiente (gráfico 4). Como puede verse, tres países de acogida no exigen umbral alguno de cotización, mientras que los cuatro países de emigración neta establecen los mínimos más elevados. Dinamarca, país cuyas pensiones eran las únicas de la UE no vinculadas en su cuantía al número de años de cotización o residencia —al menos para un supuesto determinado—, impone en cambio un mínimo para la pensión laboral complementaria (ATP) de diez años de carencia y nueve meses de residencia en el año precedente a la declaración<sup>4</sup>. Las diferencias vistas no implican, sin embargo, una generosidad «plena» de los países sin umbral respecto de los que se resguardan tras él, pues aquí solo vemos un requisito para el nacimiento del derecho, pero no su cuantía. Queremos decir que el cálculo del montante de la pensión obedece a normas distintas, las cuales suelen ponerlo en relación con el tiempo de carencia efectivo de cada trabajador, incluso en países donde no existe escalón de entrada.

En bastantes países de la UE éstas no son las únicas pensiones a donde puede acudir un trabajador anciano, por lo que el antevisto umbral no incide tan drásticamente sobre quienes se encuentran en su ámbito de aplicación. Debe tenerse en cuenta la existencia de otro tipo de pensiones, las no contributivas o asistenciales por un lado, y las profesionales o

4. *Ibid.*, 69. Para la pensión social o básica de vejez (*folkepension*) no se establece umbral alguno.

Gráfico 4. UMBRALES MÍNIMOS PARA EL DERECHO A PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN LOS PAÍSES DE LA CEE



negociadas<sup>5</sup>, muy extendidas en países como Francia —para las primeras— o Gran Bretaña —para las segundas—. Dejando a un lado las asistenciales o no contributivas, cuyos rasgos característicos sitúa Pieters en la ausencia de cuotas y la no relación entre su régimen financiero y las prestaciones del mismo<sup>6</sup>, nos centraremos ahora en los complementarios contributivos, dejando para más adelante el análisis de algún problema suscitados por aquéllas en la Unión Europea.

D'Herbais distingue al respecto entre dos grupos de países comunitarios: aquellos en donde la pensión básica se encuadra en la lógica de la asistencia y el *quantum* posee frecuentemente un carácter forfatario, obligan a suscribir un régimen complementario cuyas prestaciones se encuentran en proporción a las retribuciones percibidas durante la vida profesional del beneficiario; y aquéllos otros en donde la pensión básica se corresponde con las retribuciones percibidas durante la vida profesional y no obligan a suscribir un régimen complementario<sup>7</sup>. El despliegue de los regímenes complementarios en la Unión Europea demuestra a nuestro juicio una estrecha conexión entre su obligatoriedad y su importancia económica para el beneficiario, en líneas generales. De ahí que si observamos la línea divisoria en torno a la integración forzosa o voluntaria en dichos regímenes complementarios estaremos viendo simultáneamente el cuadro de países donde tienen importancia y donde no la tienen<sup>8</sup>:

## REGÍMENES COMPLEMENTARIOS CONTRIBUTIVOS

<i>obligatorios</i>	<i>voluntarios</i>
Dinamarca Francia Italia Gran Bretaña	Bélgica España Grecia Irlanda Luxemburgo Holanda Portugal Alemania

5. Aunque con precauciones, puede marcarse una diferenciación entre la denominada Seguridad Social voluntaria, que en España se regula principalmente por la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 8/1987 y cuya relación externa con la Seguridad Social ha estudiado detenidamente Munnell con referencia a Estados Unidos (*Aspectos económicos de los planes privados de pensiones*, cit., 22 ss.) y la tradicionalmente llamada Seguridad Social complementaria (asistencial), que ahora se enmarca en España básicamente en la Ley de Pensiones no Contributivas 26/1990.

6. *Los sistemas no contributivos en Europa*, cit., 63 ss., y en especial 66.

7. *Memento des retraites*, cit., 13.

8. Cf. D'Herbais, *op. cit.*, 195 ss.

### 3. La edad mínima de jubilación en Europa

Aun cuando se hallan abundantes excepciones a la regla, pues muchos países establecen edades de jubilación anticipadas, por lo que la edad *típica* puede conducirnos a error si pensamos únicamente en ella, nos servirá sin embargo de orientación la representación gráfica, tal y como se muestra en el gráfico 5, de página siguiente.

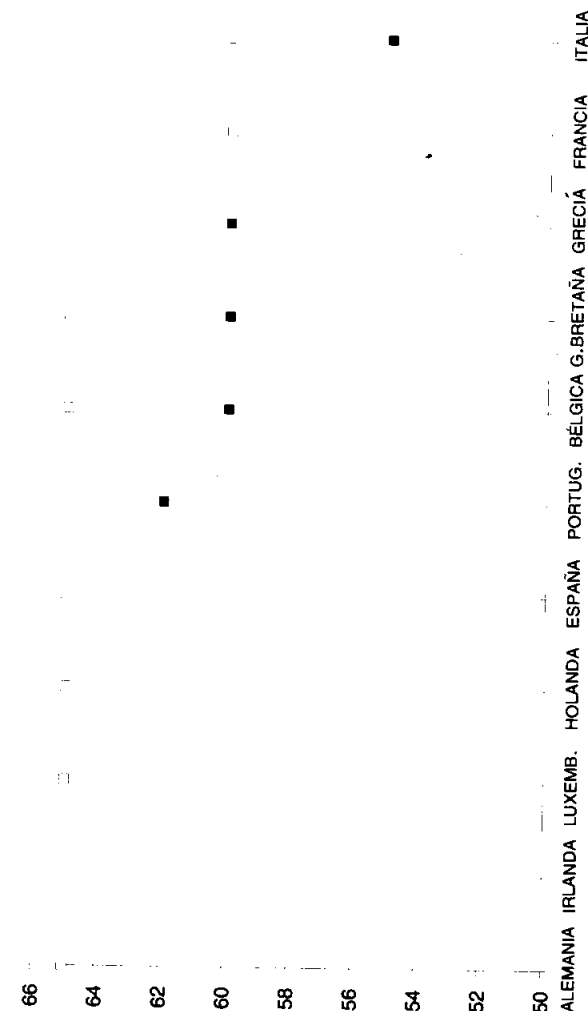
La diferencia más vistosa entre unos y otros países reside en la edad de jubilación para las mujeres, que en algunos se fija por debajo de la de los hombres, medida probablemente discriminatoria en los supuestos de jubilación forzosa a tal edad, por cuanto implica menores ingresos. De ahí que en Italia las mujeres puedan seguir trabajando hasta la edad establecida para los hombres. En el gráfico se distinguen siete países con igual edad mínima de jubilación para ambos sexos y otros cinco con edades separadas —destacan Dinamarca en el primer grupo, con 67 años, e Italia en el segundo, con 60 y 55<sup>9</sup>— sin posibilidad de justificar las razones de estas diferencias, pues en cada grupo se encuentran países nórdicos y latinos, de acogida o de emigración, desarrollados o en vías de desarrollo, de religión católica o protestante.

Las descompasadas edades de jubilación producen situaciones límite por la incidencia añadida de las incompatibilidades para el trabajo existentes en la mayoría de los países europeos. A diferencia de Alemania, donde se permite percibir la pensión y continuar trabajando, lo normal consiste en impedir la percepción de rentas de trabajo o de otro tipo por encima de cantidades no relevantes. Pues bien, un trabajador que se jubila en Francia o Italia a los 60 años después de haber trabajado la mayor parte de su vida en Bélgica, Holanda o Dinamarca, se encontrará percibiendo una pensión muy reducida francesa durante cinco años o más, hasta cumplir la edad exigida en el segundo país para reconocerle el derecho a prestaciones y comenzar a abonarle su parte proporcional. Por ello sería muy conveniente intentar una convergencia en la edades de jubilación europeas, lo cual han comenzado a efectuar algunos países por propia iniciativa (Italia) elevando su edad mínima a los parámetros habituales, que son los sesenta y cinco años<sup>10</sup>.

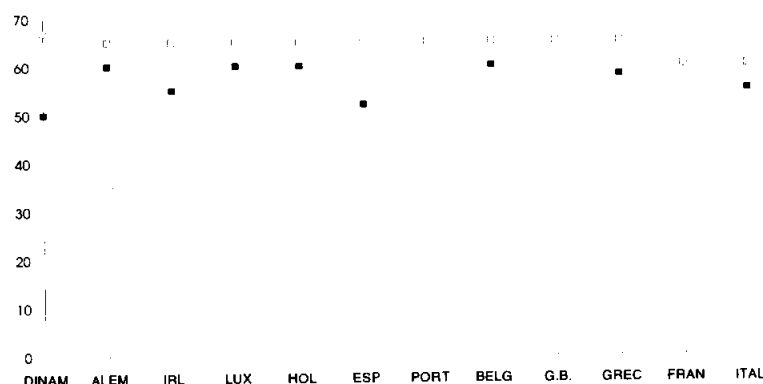
9. Además, en Italia debe tenerse en cuenta que con 35 años cotizados no importa la edad mínima de jubilación para percibir la pensión, siempre que el pensionista no trabaje. El TC griego ha declarado nula por discriminatoria recientemente la diferente edad jubilatoria entre hombres y mujeres, pese a lo cual se sigue aplicando aún por las entidades gestoras, indica Pessi (*La Sicurezza Sociale nella CEE*, cit., 71). La diferente edad de jubilación para hombres y mujeres está teniendo repercusiones en determinados subsidios vinculados a esa edad, unas veces permitidos y otras condenados por el TJE. Así, por ejemplo, el asunto *Thomas* de 30 de marzo de 1993, sobre el *invalid care allowance* y el *severe disablement allowance*.

10. Ley 421/1992, de 23 de octubre, y DL 503/1992, de 30 de diciembre. Cf. Pessi y Bozzao, *La Sicurezza Sociale nella CEE*, cit., 21.

Gráfico 5. DESVIACIONES ENTRE EDAD NORMAL DE JUBILACIÓN Y EDADES DE JUBILACIÓN ANTICIPADA EN LA CEE



Pero hemos hablado de las edades de jubilación anticipadas, en cuanto modalizaciones importantes de las edades «típicas» antes aludidas. Mientras en algunos países se tiene derecho únicamente a un tipo básico de prestación, «concentrado» en el tiempo que media entre la edad de jubilación y la muerte, hay otros países donde se añaden fórmulas anticipadas y elásticas de pensión por senectud, para todos o algunos grupos de trabajadores. Destaca en ese sentido Alemania, donde se distinguen legalmente cinco clases de pensiones de jubilación, ahora contempladas en los arts. 35 y siguientes del libro VI del Código Social: la normal a los 65 años; la de 63 años para quienes hayan cotizado más de 35 años; la de 60 años para minusválidos graves e inválidos; la de 60 años para desempleados con un período de carencia de más de 15 años; y la de 60 años para mujeres con más de 15 años de carencia<sup>11</sup>. Pese a la gran complejidad del tema, y a fuer de incurrir en errores por causa de las frecuentes modificaciones diacrónicas y de situaciones múltiples, conviene a nuestros propósitos una exposición de las grandes diferencias que pueden detectarse entre una y otra clase de mínimos, pues España mantiene un permanente litigio con ciertos países debido al importante salto de la «jubilación anticipada» de los desempleados a partir de los 52 años. Si en cada país tomamos la edad típica más alta (la de los hombres) y la edad especial más baja de carácter general —dejando a un lado edades especiales en ciertos sectores o ramas de actividad—, tendremos las siguientes desviaciones (gráfico 6):



11. A ellas podría añadirse sin duda la pensión complementaria negociada en los convenios colectivos (*Vorrubestandsalter*) que, como indica Bley (*Sozialrecht*, cit., 203), no es un supuesto propio de la Seguridad Social pública. Sobre las distintas clases de jubilación mencionadas en el texto, referidas a la normativa de la *Reichversicherungsordnung* y de la *Angestelltenversicherungsgesetz*, cf. Bley, *op. cit.*, 202 ss.; para la nueva regulación del libro VI *Sozialgesetzbuch*, cf. Jäger, *Einführung in die Sozialversicherung*, cit., 78 ss.; Gitter, *Sozialrecht*, cit., 174 ss. Para las diferencias con aquella legislación vigente hasta 31 de diciembre de 1991 y la nueva, cf. Rojas, *Derecho Comunitario Social*, cit., 126-127.

El panorama cambia fuertemente ahora, pues vemos por ejemplo cómo el país con la edad de jubilación más alta, Dinamarca, tiene sin embargo la prejubilación más baja, por razones sociales y de salud; por su parte, España tiene también la mencionada prejubilación de los parados mayores de 52 años, con los problemas que después analizaremos. En los demás casos se permite la prejubilación cinco años antes de la edad típica, excepto Francia y Gran Bretaña, carentes de un sistema parecido, y de Irlanda, donde se prejubilaba a los parados diez años antes, en una fórmula análoga a la española. Datos, repetimos, susceptibles de error u omisión, y por ello solo atendibles a título orientativo.

## II. LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN

¿Qué pensiones resultan más favorables en el conjunto de la Unión Europea, y cuáles otras ofrecen un montante inferior?

Ya hemos mencionado las enormes dificultades para intentar una uniformización de los sistemas de cálculo de cada país, por lo que resulta una labor muy compleja el evaluar económicamente las diferencias entre unas y otras: habríamos de considerar las variables del costo de la vida, además, y disponer de la legislación completa de cada país al efecto, lo cual implica en algunos de ellos una gran cantidad de normas. Aquí intentaremos, de todos modos, una aproximación figurada al conjunto, para lo cual operaremos de la siguiente forma: en primer lugar, mostraremos los cálculos básicos que deben hacerse en cada país; y en segundo lugar, hallaremos la pensión de un trabajador ideal, sin familia, que ha cotizado 40 años en ese país y ofrece una base reguladora de 100.000 pesetas. Se da por supuesto el valor únicamente aproximado e ideal, no práctico, del resultado, el cual nos servirá simplemente para obtener una *impresión* del conjunto de las pensiones de vejez en la Europa comunitaria.

Las dificultades del intento aparecen con sólo mirar las operaciones básicas a realizar. Así<sup>12</sup>:

En *Bélgica* se abona, por cada año tomado en consideración, una cantidad que se obtiene de la siguiente fórmula:  $S \times 60\% \times 1/45$ . El concepto «1/45» significa los años de cotización, con un tope de 45 para los hombres; si nuestro trabajador ideal fuera femenino, el 1/45 se convertiría en 1/40, indicando que el tope de años cotizados es más bajo para las mujeres. Si por otra parte estuviera casado con esposa a cargo, habría de multiplicarse por el 75% en lugar de por el 60%.

12. Sigo en general la descripción ofrecida por EEC-MISSOC, *Social Protection in the Member States of the Community. Situation on July 1st. 1991 and Evolution*, Lovaina, 1992, 106-107, completada con otras informaciones.





En *Dinamarca* han de sumarse la pensión anual, cuya cuantía básica son 45.396 coronas danesas por año, con un suplemento de 11.676 coronas danesas por año y una pensión suplementaria (si el beneficiario estuvo afiliado al sistema complementario desde su comienzo el 1 de abril de 1964) de 8.100 coronas anuales.

En *Alemania* se obtiene la pensión de la siguiente fórmula:  $1,5 \times n \times E \times c$ , donde «n» significa el número de años de carencia, «E» los ingresos básicos generales, fijados para 1991 en 33.149 marcos anuales, y «c» el coeficiente individual, es decir, la relación entre la media anual de ingresos brutos del trabajador y el promedio bruto de ingresos de todos los asegurados, con un máximo de 2 puntos<sup>13</sup>. Otorgaremos a nuestro trabajador ideal el coeficiente 1 en «c».

En *Grecia* hay una variedad de 25 categorías de seguro, y la pensión se compone de un montante básico y de otro complementario. Para hallar el básico se aplica un porcentaje que varía entre el 70 y el 30 en relación inversa con los ingresos. Atribuiremos a nuestro trabajador ideal un porcentaje del 40 por 100, pues suponemos que 100.000 ptas. es un sueldo más bien alto en Grecia. En cuanto al complementario, si ha cotizado más de 3.000 días se le agrega un 1 por 100 por cada 300 días cotizados, pero si tiene más de 7.800 días el porcentaje oscila entre el 1,5 y el 2,5 de los ingresos, dependiendo de su cuantía. Asignaremos a nuestro trabajador un porcentaje del 1,5 por 100.

En *España* la operación resulta muy sencilla cuando se han cotizado 40 años, pues se reconoce el 100 por 100 de la base reguladora al alcanzar los 35 años de cotización.

En *Francia* se paga el 60 por 100 de la base reguladora después de 37,5 años de cotización, con una pensión mínima de 34.541,09 francos anuales, que será la que habremos de adoptar, pues nuestro trabajador ideal se encuentra ligeramente por debajo de la pensión mínima con sus cuarenta años de cotización.

En *Irlanda* la pensión de retiro (*retirement pension*) consiste, de manera idéntica que la pensión de vejez (*old-age pension*), en un máximo de 64 libras irlandesas.

En *Italia* se utiliza una fórmula,  $2\% \times n \times E$ , donde «n» significa el número de años de cotización, con un máximo de 40, y «E» el promedio de ingresos durante los últimos cinco años.

En *Holanda* se concede una pensión fija individual de 1.364,33 florines mensuales, junto a 82,32 florines mensuales como subsidio de festivos, que se otorga con una carrera profesional de 50 años, reduciéndose por debajo de tal período. Junto a ello se encuentra el régimen de pensiones

13. El promedio general se contiene en tablas, actualizadas anualmente. Para 1960 era de 6.101 DM, para 1979 de 13.343 DM, para 1980 de 29.485 y para 1990 de 31.661. Convertidos a pesetas constantes de diciembre de 1992, equivalen a 36.097, 78.946, 174.452 y 187.327 ptas., respectivamente.

profesionales por rama o sector, de carácter asimismo obligatorio y cuantía variable<sup>14</sup>. Asumiremos para el trabajador de nuestro ejemplo la cuantía fija antedicha, sobre todo porque unas disposiciones transitorias de la Ley General de Pensiones de Vejez AOW permiten computar el período comprendido entre los 15 años y su fecha de entrada en vigor, 1957, como período de seguro<sup>15</sup>.

En *Portugal* consiste en un 2,2 % por año de la base reguladora, consistente en el promedio de los cinco mejores años de los diez últimos, con un mínimo del 30 por 100 y un máximo del 80 por 100, y en cualquier caso una pensión mínima de 20.000 escudos mensuales. Nuestro trabajador ideal toma el tope máximo, el 80 por 100, pues al multiplicar 2,2 por sus cuarenta años cotizados sobrepasa el límite.

*Gran Bretaña* otorga una pensión básica (*flat-rate pension*) de 52 libras semanales, y una pensión graduable de 0,0681 libras por semana para cada 7,50 libras cotizadas (hombres) o 9 libras cotizadas (mujeres). La cotización en ese país para la vejez consiste en el 2 % de 52 libras más el 9 % de los ingresos entre 52 y 390 libras, pagadas por el trabajador, y un porcentaje variable, del 4,6 %, 6,6 %, 8,6 % o 10,4 %, según el nivel de ingresos, pagadero por el empleador. Asignaremos a nuestro trabajador un 15 por 100 de cotización global.

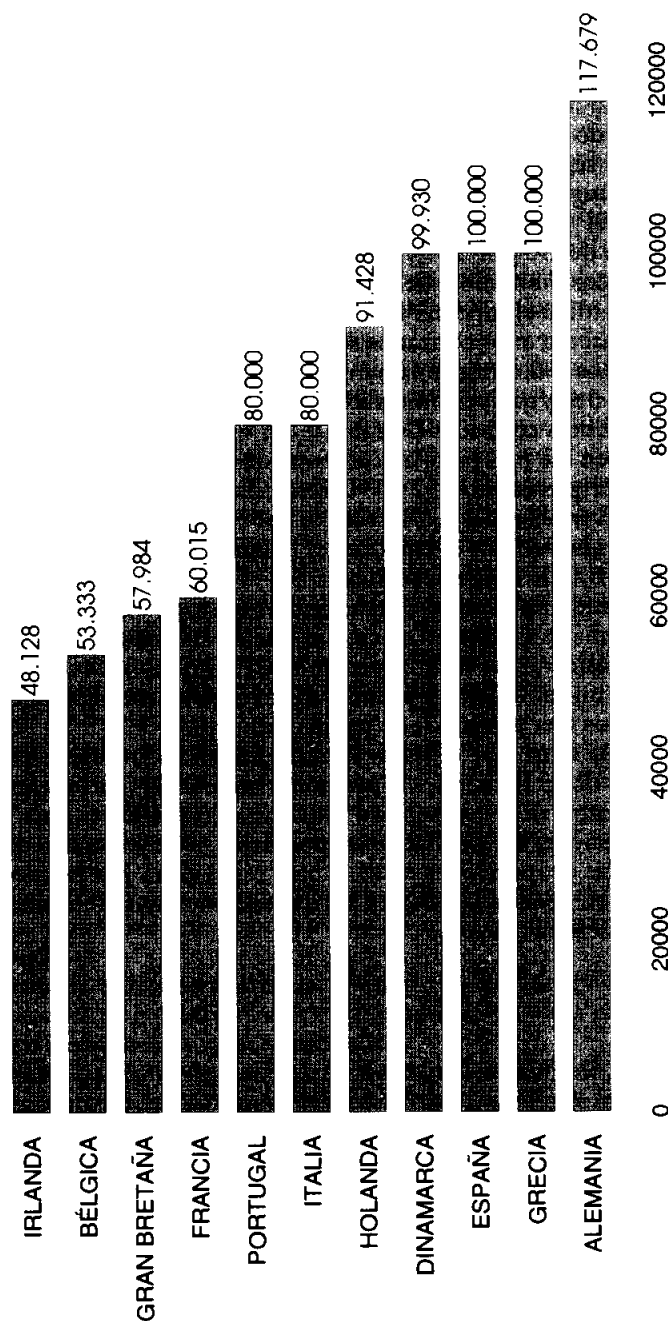
Efectuando las diversas operaciones reseñadas, y reduciendo las monedas nacionales a pesetas<sup>16</sup>, el cuadro que de ello surge sobre la pensión de vejez «básica», sin añadir las cuantías de las pensiones complementarias, ofrece un panorama sorprendente por muchos motivos, que después analizaremos (ver gráfico 7, en página siguiente).

A simple vista cabe destacar la gran diferencia entre el primero y el último país del gráfico, pues la pensión irlandesa supone la tercera parte de la alemana. En ese sentido podríamos establecer una *ratio* de optimización de las prestaciones por vejez a cuyo tenor quedarían resaltadas las proporciones entre la base reguladora y la pensión, de tal modo que en Irlanda la *ratio* es aproximadamente de 0,5, mientras en Alemania alcanza casi a 1,5.

14. Meissner, «Landesbericht Niederlande», *apud* Verband Deutscher Versicherungsträger, *Rentenversicherung im internationalen Vergleich*, Francfort, 1989, 12; Pieters et al., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, cit., 286.

15. Básicamente, haber residido en Holanda los últimos seis años de su vida activa. Han surgido numerosos problemas con trabajadores extranjeros que abandonaron el país antes de su edad de jubilación, o antes de cumplir los seis años finales de residencia, perdiendo así un amplio porcentaje de pensión. En Holanda se computan años de residencia, no de cotización.

16. Valor del Banco de España al 22 de diciembre de 1992 (*El País*, 23 de diciembre).



## III. LA DERIVA DE PENSIONES POR VEJEZ

Al cuadro habrían de incorporársele ahora factores de corrección para alcanzar un alineamiento real, pues la presencia de España y Grecia en los puestos de cabeza, o de Bélgica y Francia en los de cola, no obedece a la situación efectiva de las pensiones nacionales. De modo similar a las desviaciones producidas por numerosos factores complementarios sobre la cuantía salarial en lo que ha dado en llamarse «deriva de salarios» (*wage drift*), así también las cuantías antecitadas sólo muestran una aproximación a la realidad si las privamos de sus elementos adicionales. Desde una perspectiva nacional, esos factores causan grandes perjuicios por impulsar a desigualdades fácticas a causa de su desconocimiento por los trabajadores comunitarios y por sus abogados: al tratarse de reglas secundarias, el emigrante tenderá a desconocer la amplitud de su incidencia sobre el caso particular, reaccionando tarde y mal a los mecanismos extintivos de sus derechos. A diferencia del núcleo básico de la pensión, muchos de esos factores podrían uniformarse o, en términos más suaves, armonizarse mediante una legislación comunitaria *blanda*, concretamente de Directivas, con las cuales se facilitaría la comprensión del oscuro sistema de las pensiones por vejez. Como veremos a continuación, se trata de pequeños porcentajes de aumento sobre la cuantía base —por ejemplo, para quienes tengan cónyuge y/o hijos a cargo—, o bien de situaciones de recambio o complemento a la central —por ejemplo, la compatibilidad de la pensión con el trabajo remunerado—. En una visión de conjunto, podemos afirmar la casi universalidad de esos factores en los países comunitarios, por lo que las Directivas habrían de buscar una aproximación más en los criterios o fórmulas de concesión que en la concesión misma, salvo contadas excepciones. Comencemos por el factor diferencial más difícil de armonizar, por su clara vinculación a la cuantía base, para seguir con otros factores de mejor convergencia.

## 1. Bases reguladoras

La primera y más obvia distorsión proviene del empleo de las bases reguladoras, que cada país ajusta a su conveniencia. En bastantes casos las bases reguladoras se calculan tomando como referencia un promedio de años de cotización efectiva anterior. Es notorio que las españolas, por ejemplo, quedan bastante por debajo de lo efectivamente percibido por el interesado; en cambio, otros países señalan una cantidad fija, o efectúan equilibrios para que la pensión de los más desfavorecidos se acerque a las de los mejor tratados. En el ejemplo utilizado, las 100.000 pesetas de base reguladora pueden estar muy lejos del salario que ha venido percibiendo el beneficiario en sus últimos años de vida laboral, o por el contrario aproximarse bastante. Al constituir este elemento, junto con el del tipo o

porcentaje aplicable, un factor integrado en la fórmula base, consideramos muy difícil su armonización, pues cualquier cambio en sus parámetros supone para el país afectado alteraciones macroeconómicas de difícil asimilación.

## 2. Los suplementos de pensión

Una segunda desviación estriba en los suplementos de todo tipo reconocidos a los pensionistas, de los que los más importantes son los derivados de esposa a cargo. De pasada cabe mencionar el indebido uso del género también aquí para diferenciar, de manera probablemente discriminatoria, entre hombres y mujeres: en algunos casos se paga por esposa a cargo, no por esposo<sup>17</sup>. Pues bien, hay países como Bélgica, donde la pensión se incrementa un 15 por 100 cuando se tiene cargas familiares, y otros como Holanda donde se pagan cantidades fijas superiores a quienes tengan familia, o se pagan complementos fijos por esposa o hijos, como Irlanda y Francia. Cabe destacar de todos ellos el caso holandés por su generosidad, no en el suplemento mencionado, sino en el llamado «coaseguramiento» automático del cónyuge residente en otro país comunitario y sin ingresos propios, con cargo a las cotizaciones holandesas del otro cónyuge<sup>18</sup>. Casi todos los países establecen suplementos por familia a cargo para los pensionistas de vejez, por lo cual quizá no tendría mayores dificultades el intentar una aproximación de términos y cuantías por el cauce de una Directiva.

## 3. Compatibilidad con trabajo remunerado, pensiones complementarias, prejubilaciones (remisión)

El tema se trata específicamente en el capítulo 5, epígrafe II, al hilo de la revisión de pensiones de invalidez y vejez. Ahora sólo pondremos de

17. Por ejemplo, la *Algemene ouderdoms-wet* (AOW) holandesa, en vigor desde el 1 de enero de 1957, hubo de ser modificada el 1 de abril de 1985 como consecuencia de la Directiva CEE de 19 de diciembre de 1987 sobre igualdad de sexos en la Seguridad Social: Verband Deutscher Versicherungsträger, *Rentenversicherung...*, cit., 128.

18. Aunque la automatización terminó el 2 de agosto de 1989, mediante modificación introducida en el Anexo VI del Reglamento 1408/1971 por el Reglamento 2332/1989, de 18 de julio de ese año. Durante un año —hasta el 2 de agosto de 1990— tuvieron derecho a optar por mantenerse en el coaseguramiento referido, ahora de tipo voluntario o no automático. Así lo dice el Anexo VI, letra J (Holanda), número 2.f: «No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del art. 45 de la AOW y en el apartado 1 del art. 47 de la AWW (seguro generalizado de viudas y huérfanos), el cónyuge de un trabajador por cuenta ajena o de un trabajador por cuenta propia sujeto al régimen del seguro obligatorio, que resida en un Estado miembro distinto de los Países Bajos, podrá asegurarse libremente en virtud de la legislación del Estado de que se trate por los períodos posteriores al 2 de agosto de 1989 durante los que el trabajador por cuenta ajena o el trabajador por cuenta propia esté o haya estado sujeto al seguro obligatorio en virtud de dicha legislación. Tal autorización concluirá a partir del día en que termine el período de seguro obligatorio del trabajador por cuenta ajena o del trabajador por cuenta propia [...]». En carta dirigida al Consejero laboral de la Embajada de España por el director de *Sociale*

relieve la absoluta prevalencia de la regla de la compatibilidad en los países comunitarios, en todo o en parte, con la única excepción rígida de España. Y si las legislaciones europeas permiten disfrutar de la pensión de vejez y al mismo tiempo trabajar en actividades remuneradas (para la invalidez se restringe bastante más por razones definitorias), las rentas obtenidas de la Seguridad Social se relativizan.

Asimismo hemos discutido más arriba el tema de las pensiones complementarias, de importancia crucial en países como Francia, y de lo que podríamos considerar como dilatación de la cobertura en el tiempo, es decir, el tema de las prejubilaciones. A lo dicho entonces nos remitimos, indicando su fuerte poder de desviación en el esquema básico de pensión arriba dibujado.

## IV. LA MODERACIÓN DE REQUISITOS Y LOS TRABAJADORES COMUNITARIOS

No cabe en el reconocimiento de las prestaciones de vejez la dulcificación por la vía fáctica operada en las de invalidez, pues la edad no puede calificarse en su gravedad como se hace con las incapacidades: el hecho causante y los períodos de carencia o seguro exigidos se presentan de manera inexorable, por lo que la *tolerancia* de las autoridades competentes decae, y sólo en concretos aspectos pueden permitir algún resquicio *pro senectute*. Pero dadas las dificultades para extraer esos significados favorables de las normas nacionales, las autoridades se tornan reacias a concederlos a los trabajadores extranjeros, con lo cual impactan frontalmente contra el principio comunitario de igualdad de trato. También las leyes nacionales permiten vías de redención circunscritas a sus ciudadanos, de ordinario mediante el establecimiento de algún factor adicional de residencia. A continuación examinaremos algunos de los casos más significativos.

### 1. Subsidio complementario del Fondo Nacional de Solidaridad francés

Los Fondos Nacionales de Solidaridad del país vecino incluyen el denominado subsidio complementario, una de las cinco prestaciones no contributivas francesas para los ancianos<sup>19</sup>, dirigida a completar la pensión básica a efectos de alcanzar el llamado «mínimo de vejez», equivalente aproximadamente al 60 por 100 del salario mínimo. Sólo corresponde a

*Verzekeringsbank* holandés el 8 de agosto de 1990, se calculaba en unos 4.500 los afectados viviendo en España, de los que un mínimo de 1.000 habían formulado peticiones de seguro voluntario.

19. Tienen por objeto, según Pieters (*Pensiones no contributivas*, cit., 72), garantizar unos ingresos mínimos a los ancianos de que se trate y por esta razón están sujetos a la comprobación de medios. Las otras cuatro son: el subsidio a los antiguos trabajadores asalariados (AVTS), de escasa importancia; el socorro vitalicio para viudas mayores de 55 años; el subsidio a las madres de familia mayores de 65 años; y el subsidio especial para quienes carezcan de otra protección.

los franceses y asimilados residentes en Francia<sup>20</sup>. Al denegarlo a quienes, siendo titulares de pensiones francesas, residieran o trasladaran su residencia a otro Estado miembro, el gobierno francés fue denunciado en 1988 ante el Tribunal de Luxemburgo por la Comisión de las Comunidades europeas por incumplimiento del art. 10 del Reglamento 1408/71 (supresión de las cláusulas de residencia). Pese al argumento esgrimido por los abogados franceses de que el subsidio se concede para completar los recursos hasta un nivel considerado indispensable según el coste de la vida en Francia, por lo que se perdía de vista el punto de referencia cuando se otorgaba a los no residentes en ese país, y a que su exportación plantearía además importantes problemas de gestión, el Tribunal declaró en su sentencia 236/88, de 12 de julio de 1990, la improcedencia de distinguir o separar el referido subsidio de aquella pensión básica de la cual es accesorio a todos los efectos y la inocuidad de las dificultades gestoras frente a los derechos reconocidos a los particulares por la legislación social comunitaria, condenando en costas a la República francesa<sup>21</sup>. Un país caracterizado por el alto cumplimiento de las disposiciones comunitarias y por su celo en el proceso de convergencia quedó así al descubierto en una prestación suplementaria que a veces puede ser trascendental. Al año siguiente hubo de ser colocada la República Francesa de nuevo en el banquillo por una cuestión análoga: el art. L.815 del Nuevo Código de Seguridad Social francés condicionaba la obtención del mismo subsidio para los trabajadores comunitarios al doble requisito de previa residencia en territorio galo y a que su país respectivo hubiera suscrito un convenio internacional de reciprocidad. El Tribunal de Luxemburgo, en sentencia 307/89, de 11 de junio de 1991, ha considerado también infringido el Reglamento 1408/71 y ha condenado en costas al estado francés.

## 2. Cómputo belga de períodos de seguro anticipados

Una práctica administrativa de la Seguridad Social belga computa los años de cotización causados por el trabajador antes de cumplir los veinte años de edad cuando éste los necesita para completar su carrera de seguro de 45 años, y sólo en tal caso<sup>22</sup>. Los trabajadores comunitarios suelen incidir en dicha situación, pues de ordinario han trabajado en el país de origen

20. Pieters, *Pensiones no contributivas*, cit., 73.

21. Caso *Comisión c. República Francesa* C 236/88, de 12 de julio de 1990. El art. 10.1 R. 1408/74 dice: «A menos que el presente Reglamento disponga otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora».

22. Sobre las asimilaciones al alta, entre ellas las de ciertos períodos de estudios, cf. Clesse y Neuprez, *Le Droit Social en Belgique*, cit., 205.

durante una parte de su vida profesional, y en Bélgica un período de tiempo que no alcanza por sí mismo los 45 años de carrera completa. En tales casos se tendrá derecho a dos pensiones nacionales, la belga y la del país comunitario de origen (si se han cumplido los requisitos respectivos), aunque la cuantía de cada una no alcanzará seguramente montos elevados. Las autoridades belgas tomaron la costumbre, en tales situaciones, de tomar en consideración para su pensión nacional los años cotizados en el otro país a los solos efectos de eludir la práctica a que nos referimos cuando el interesado hubiera totalizado más de 45 años de seguro en su conjunto. Tal sucedió con el trabajador holandés E. Spits, quien en su juventud había trabajado en Bélgica, contabilizando en ella dos años de seguro antes de cumplir veinte años y cinco después de dicha edad, y el resto de su vida profesional la había agotado en el país de origen, alcanzando los 50 años de seguro. La autoridad competente belga procedió, en línea con lo expuesto, a contabilizar sólo los años cotizados en Bélgica después de cumplir veinte años, reconociendo una exigua pensión de 5/45. El Tribunal de Luxemburgo, en sentencia 342/88, de 6 de junio de 1990, consideró incorrecta la utilización discriminatoria de los aspectos transfronterizos para conceder una pensión nacional, por lo que dictaminó que al determinar la cuantía de ésta la institución competente debe prescindir de todos los períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro y atender a cualquier práctica administrativa que permita atenuar la rigidez de la legislación nacional.

## 3. Período transitorio holandés

Algo similar a lo acabado de ver sucede en Holanda para la concesión de las pensiones de vejez de la AOW, que entró en vigor el 1 de enero de 1957. En este país el período de carencia se nutre de años de residencia y/o de cotización, otorgándose la pensión plena a quienes hayan residido toda su vida profesional en territorio holandés, esto es, desde los 15 a los 65 años de edad<sup>23</sup>. Para los emigrantes el requisito se cumple raras veces en lo referente al momento inicial, pero existe una norma de Derecho transitorio dulcificadora del requisito, a cuya virtud si se ha residido entre los 59 y los 65 años se tiene derecho al cómputo de los años comprendidos entre los 15 años de edad y la fecha de entrada en vigor de la referida Ley<sup>24</sup>. Desconocedores de la norma transitoria, muchos españoles han retorna-

23. Carrera profesional de 50 años. Por cada año de menos se descuenta un 2 por 100 de la pensión plena.

24. Arts. 55 y 56 *Algemene Ouderdoms Wet* (Ley General sobre la Pensión de Vejez). Los requisitos de nacionalidad holandesa y residencia en los Países Bajos se equiparan por los Decretos 605 y 632 a la nacionalidad y residencia en cualquier otro país comunitario. Cf., para el derecho transitorio mencionado, VDR, *Rentenversicherung im internationalen Vergleich*, cit., 137; D'Herbais, *Memento des Retraites*, cit., 103; Consejería laboral de la Embajada de España en Holanda, *La legislación social en los Países Bajos*, cit., 14.

do a su país antes de cumplir los 65 años por diversas razones, perdiendo así el derecho a esos años de alta presunta con su correlato de aumento de pensión. La cuestión parece similar a la suscitada en torno al subsidio complementario francés y a los períodos de seguro belga, pero el TJE no lo ha entendido así: en sentencia de 2 de mayo de 1990 (*asunto Winter-Lutzins*) ha resuelto la compatibilidad con el art. 10.1 R.1408/71 de las normas nacionales denegatorias de las prestaciones transitorias previstas por la legislación nacional únicamente por no residir en el territorio del Estado deudor, habida cuenta de que el Anexo VI del Reglamento recoge una normativa específica relativa al cómputo como años de seguro, de personas que cumplan determinados requisitos, de períodos anteriores al 1 de enero de 1957<sup>25</sup>. La institución competente holandesa tiende a interpretar muy rígidamente el requisito, lo que le ha costado ya una condena por el TJE en el *asunto De Witt*<sup>26</sup>.

#### 4. «Prejubilación» española a los 52 años y el período previo de cotización

Como se sabe, la Ley 31/1984, de protección por desempleo, introdujo un subsidio para los parados mayores de 52 años que cumplieran todos los requisitos para la pensión de jubilación excepto la edad y no tuvieran derecho a prestaciones por desempleo. El RD-L 3/1989, sobre medidas adicionales de carácter social, rectificó añadiendo un requisito, el de poseer al menos seis años de cotización a lo largo de su vida laboral. Por inverosímil que pueda parecer, el nuevo requisito tuvo un reflejo inmediato en las pensiones transfronterizas, al acudir ante los tribunales españoles en demanda del subsidio trabajadores que reunían los seis años sólo computando el tiempo de la emigración. Por desgracia se producía la circunstancia de una integración parcial de la Ley 31/1984 en el ámbito del Derecho Comunitario, pues el art. 4 del Reglamento 1408/71, al describir el campo de aplicación material, sólo mencionaba las *prestaciones* por desempleo, lo que había sido interpretado por el Gobierno español como excluyente de los subsidios regulados en el Título II de la misma Ley<sup>27</sup>. Los tribunales españoles respondieron con soluciones contradictorias, hasta que primero la STS (sala 4.ª) de 8 de octubre de 1991, y después la STS (sala 4.ª) de 18 de noviembre de 1991, en unificación de doctrina, han resuelto ordenan-

25. Se refiere más concretamente al Anexo VI, letra J (Países Bajos), n. 2 a, por el cual se excluye expresamente de la asimilación a quienes no cumplan los requisitos exigidos.

26. Sentencia de 30 de marzo 1993: De Witt había trabajado para el Ministerio de Asuntos Exteriores holandés en otro país comunitario durante una serie de años antes de 1957, y la SVB le niega el cómputo de tales años. El TJE indica que si la legislación holandesa permite el cómputo de los años en que se trabajó en Holanda para una empresa privada aunque se residiera en el extranjero, la situación de quien trabajó para una persona jurídica de Derecho Público no es muy distinta, aunque residiera fuera del país.

27. Notificación del Gobierno español a la Presidencia del Consejo de las Comunidades Europeas, DOCE 87/C-107/01, de 22 de abril de 1987.

do el cómputo de los años cotizados en otros países comunitarios por entender que el subsidio para mayores de 52 años «rebas ampliamente los límites de una mera asistencia social... y que las declaraciones de los Estados miembros sobre las legislaciones y regímenes del art. 4 (apartados primero y segundo) son meramente enunciativas», como lo corrobora la sentencia TJE de 29 de noviembre de 1977 (*asunto Beerens*)<sup>28</sup>. A tenor del art. 1.º R.1408/71, los términos «prestaciones», «pensiones» y «rentas» comprenden todos los elementos a cargo de los fondos públicos, incluyendo las mejoras por revalorizaciones y los subsidios suplementarios, y el campo de aplicación material del Reglamento definido en su art. 4.2 tiene vocación omnicompreensiva («regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos»), excluyendo expresamente solo a la asistencia social y médica, las indemnizaciones de guerra y los regímenes especiales de funcionarios<sup>29</sup>. La declaración del gobierno español, por añadidura, se hizo antes de incorporarse «la decisiva adición» de los seis años de seguro, lo que para el Tribunal Supremo confirma la plena incorporación de ese peculiar subsidio al ámbito de aplicación de los principios comunitarios.

No cabe más que elogiar al Tribunal Supremo por esta actitud, coincidente con la mantenida por el Tribunal de Luxemburgo en la interpretación del concepto de prestación, materia en la cual se ha producido, en palabras de Van Raepenbusch, «l'élargissement de la notion de prestation de sécurité sociale au sens du Règlement sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de Justice: d'une conception analytique vers une conception fonctionnelle de la sécurité couverte»<sup>30</sup>.

#### V. SUSTITUCIÓN DE PENSIONES DE INVALIDEZ POR PENSIONES DE VEJEZ

Acabamos de ver la multiplicidad o complejidad del sistema de vejez en los diversos países comunitarios, pues no sólo aparecen distintas edades

28. La magnífica sentencia TS de 8 de octubre 1991 citada explica por qué el mencionado subsidio rebasa el concepto de asistencia social: «No es dudoso que el subsidio postulado por la demandante se halla entre las prestaciones por desempleo del Reglamento comunitario, vista la regulación contenida en la referida Ley 31/84, conforme a la cual aquél se financia con cargo al Estado (art. 20), su concesión se halla vinculada a la existencia de una previa cotización por desempleo de al menos seis años (art. 13.2), su duración se extiende hasta la fecha en que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión de la jubilación en cualquiera de sus modalidades (art. 14.3 d), y su contenido comprende una cuantía equivalente al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, amén de cotizaciones correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y contingencia de jubilación (art. 14.1 y 2)».

29. En tal sentido el abogado general Mayras en los *asuntos Frilli* 1/72 y *Heinze* 14/72, *apud* Van Raepenbusch, *La Sécurité Sociale des personnes qui circulent à l'intérieur de la CEE*, cit., 255-256. Véase la evolución desde el *asunto Dekker* 33/65 en Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *La Seguridad Social en los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, cit., 117 ss.

30. *La Sécurité Sociale des personnes...*, cit., 255.

mínimas de jubilación, sino además edades de jubilación anticipadas y subsidios de vejez añadidos. De ahí que cuando la pensión de vejez se solicita por quien ya es pensionista de invalidez, las situaciones potenciales adoptan formas muy variadas. La preocupación principal del pensionista de invalidez consistirá en saber si la pensión de vejez es superior o inferior a la que tiene ahora, y si el tránsito de una a otra se produce automáticamente o depende de su decisión. Hay sin embargo otros problemas más puntuales pero de cierta importancia causantes de una profunda remodelación del art. 43 R.1408/71 en el Reglamento 1248/92, razón por la cual se justifica este epígrafe. En él habremos de renunciar a una explicación detallada del punto de sutura entre ambas pensiones, un aspecto sobre el que los estudios disponibles apenas ofrecen información<sup>31</sup>.

La regla general en los países comunitarios, bien que con múltiples matices desde luego, es la de sustitución automática de una pensión por otra: al llegar a la edad de retiro, la pensión de invalidez termina y entra en su lugar la de jubilación. No se trata propiamente ni de transformación ni de conversión, consiguientemente, por más que el Reglamento 1248/1992 emplee tales conceptos, pues no continúa la misma pensión ni la misma cuantía. Cuando el trabajador no tiene derecho a pensión de jubilación, las leyes prevén normalmente la continuidad de la de invalidez o el paso a situaciones de asistencia social. Ciertos países no admiten la sustitución automática, sino que el inválido continúa indefinidamente con su pensión originaria.

El art. 43 del Reglamento 1408/71, en su nueva redacción, regula los siguientes problemas fundamentales:

Uno primero consiste en la diferencia de reglas para la solución de conflictos entre las leyes nacionales cuando se trata de la contingencia de invalidez (título III, capítulo 2 del Reglamento) y de la contingencia de vejez (mismo título, capítulo siguiente): hemos visto cómo en la invalidez hay países de legislación *A* y *B*, según la cuantía de las prestaciones sea independiente o por el contrario dependa de los períodos de seguro, mientras que en la jubilación prácticamente todos los países pertenecen a la legislación *B* y por ello se prorratea. ¿Deben mantenerse la reglas de conflicto de la invalidez, utilizadas hasta ahora, o ha de pasarse a las reglas de la jubilación? Consecuentemente con lo dicho sobre la naturaleza constitutiva del cambio producido, el art. 43.1 ordena la aplicación de las reglas de conflicto propias de la jubilación cuando llegara el caso.

En segundo lugar se plantea el problema de inválidos con pensión prorrateada entre varios Estados, en alguno de los cuales cumple la edad de jubilación y decae por ese motivo su derecho a pensión de invalidez, mientras en otras aún no ha llegado ese momento por tener una edad de retiro más tardía. En tales situaciones, estos últimos países pueden pensar

en retirarles la pensión de invalidez propia a quien es perceptor de una pensión de jubilación quizá sustanciosa —y de la misma naturaleza que la de invalidez y por lo tanto incompatible con ésta a virtud del art. 12 R.1408/71—<sup>32</sup>. El art. 43 sale al paso de la intención al señalar distinguiendo dos situaciones diferentes, una vez corregida por el Reglamento 1248/92 la laguna existente en el texto antiguo: una primera, si el beneficiario ha solicitado pensiones de jubilación limitadas o aplazadas por caer bajo las premisas del art. 49, el Estado «retrasado» deberá continuar abonando la pensión de invalidez a que el titular tenga derecho, hasta el momento de la sustitución por la otra o del agotamiento de sus requisitos, según el art. 43.2<sup>33</sup>. El art. 49 a que nos referimos contempla casos de limitación o aplazamiento de las pensiones de vejez aportando unas reglas de prorrateo transitorio ciertamente complicadas<sup>34</sup>; ahora nos interesa retener de él que contempla pensiones reducidas o aún no pagadas, por lo que parece lógico exigir a los países todavía deudores de una pensión de invalidez que continúen aplicándola en las mismas condiciones que hasta el momento. Una segunda, cuando la pensión de invalidez se reconoce conforme a legislaciones de tipo *A* y por consecuencia solo uno de los países obligados, precisamente aquél donde ocurrió el hecho causante de la invalidez, abona la pensión íntegramente, el cumplimiento por el beneficiario de los requisitos para la pensión de vejez en ese país implica que ahora solo va a percibir la parte proporcional de ésta: por ejemplo, si Francia abonaba íntegramente la pensión de invalidez y al cumplir el beneficiario los 60 años pasa a abonarle la parte de pensión de vejez que le corresponde por el tiempo trabajado en su territorio, el cual puede ser muy pequeño, mientras los demás países donde había trabajado, y de los cuales percibía pensión de invalidez, aún no le reconocen pensión de vejez alguna por no haber alcanzado la edad requerida, que por lo general se encuentra en los 65 años, o algún otro requisito. El art. 43.3 establece al efecto que esos países pasarán a reconocerle la pensión de *invalidez* que ha dejado de abonar el país inicialmente obligado a ello, pero ahora prorrateada a tenor del período de seguro cubierto en cada país.

32. Cf. Van Raepenbusch, *La Sécurité Sociale des personnes...*, cit., 423.

33. En este sentido, Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *La Seguridad Social en los trabajadores...*, cit., 340. A la misma conclusión había llegado el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *D'Amico* de 1980.

34. El aplazamiento de las pensiones de vejez se ha introducido en la nueva redacción dada por el Reglamento 1248/1992: véase Exposición de Motivos del Reglamento citado, Considerando n. 24. El asunto *Balsamo* 108/75, como la Decisión 96 de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Migrantes, se refieren a este artículo, aunque versan sobre aspectos no considerados aquí. Las pensiones reducidas de que hablamos se producen tanto cuanto se calculan los períodos de seguro en todos los países donde perfecciona derecho a pensión, pues incluso en estos casos lo normal será que la pensión (nacional) así calculada sea más reducida de lo habitual al haber trabajado y cotizado el beneficiario parte de su vida en otro país.

31. Cf. sobre el tema Panayotopoulos, *La Sécurité Sociale des travailleurs migrants*, cit., 104; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *La Seguridad Social en los trabajadores...*, cit., 340 ss.

## VI. CÓMPUTO CON TERCEROS PAÍSES EXTRACOMUNITARIOS

Dada la prolongada duración de los requisitos para perfeccionar el derecho a pensión de vejez, especialmente el período de seguro establecido, no resulta infrecuente la aparición en la carrera profesional del trabajador de varios países de acogida, en cada uno de los cuales completó una parte de los requisitos, y que por ello ahora, en el momento de reclamar la pensión, entran en liza a efectos de conocer si el tiempo en ellos trabajado debe tenerse en cuenta o no. Las reglas de conflicto comunitarias solventan la pregunta respecto a los países miembros, pero no son aplicables para los países extracomunitarios. Si el emigrante pasó a Suiza después de trabajar algún tiempo en Alemania, o cruzó de Dinamarca a Suecia, habremos de abandonar los Reglamentos comunitarios y acudir al tratado bilateral respectivo para conocer si existe cómputo recíproco y prorrateo de las cotizaciones, o si meramente cada Estado paga por su cuenta sin ningún tipo de conexión.

Hasta qué punto el tiempo juega un importantísimo papel lo vemos con claridad en la STSJ Andalucía de 12 de diciembre de 1989: el reclamante alega una pensión española necesitando utilizar para ello las cotizaciones pagadas en Suiza para completar el insuficiente período de carencia cubierto en España; para ello alega que el convenio hispano-suizo de Seguridad Social de 1970 permite tal operación de totalización de cuotas entre ambos países. Sin embargo, el tribunal rechaza la alegación al quedar establecido que las cotizaciones suizas se hicieron durante los años sesenta, bajo el anterior convenio hispano-suizo de 1959, el cual no permitía la totalización pretendida<sup>35</sup>.

El tema se complica algo más cuando aparecen como deudores tres Estados, unos de ellos extracomunitario, como sucedió con el *asunto Borowitz* 21/87: un trabajador polaco con períodos de seguro en Polonia, Holanda y Alemania, donde termina su carrera profesional; la institución alemana le deniega la pensión por no completar las cotizaciones necesarias con los períodos de seguro satisfechos en Polonia y Alemania, y se niega a tener en cuenta las cotizaciones realizadas en Holanda porque ello le obligaría a efectuar dos determinaciones diferentes de la cuantía de la pensión, una conforme al Derecho Comunitario y otra conforme al tratado bilateral, lo que excluía la adición entre ellas. El TJE consideró no obstante que los cálculos del prorrateo establecidos en el art. 46 del Reglamento no pueden interpretarse en el sentido de excluir cualquier mejora reconocida por un Estado miembro, como puede ser la de computar los períodos de seguro cumplidos en países extracomunitarios: se pueden asimilar a las propias las cotizaciones de otros, como sucede cuando se celebra un tratado bilateral sobre totalización de períodos de seguro.

Así pues, el mero hecho de cumplir las obligaciones del art. 46 del Reglamento 1408/71 con los países comunitarios no impide asumir obligaciones con otros países externos a la UE, el incumplimiento de las cuales no puede escudarse en la estricta observancia de aquél. Sutilmente, el TJE sitúa los compromisos con países extracomunitarios como más favorables que el nivel reglamentario, y no como líneas independientes sin ningún punto de contacto; viene a decir que los convenios bilaterales equivalen a compromisos «internos» del país miembro con terceros países que funcionan como *prius* a la hora de proceder al cómputo comunitario, un apéndice no separable de los cálculos sobre la pensión de vejez, con lo que fuerza a tenerlos en cuenta al computar los distintos períodos de seguro. Por vía de considerarlos como períodos propios alemanes y de añadirles después los períodos del otro país comunitario, el TJE llevó a la Seguridad Social alemana a reconocer pensión al trabajador polaco.

Los casos acabados de referir nos inducen a interrogarnos sobre los compromisos españoles con países europeos no comunitarios. ¿Hay algún convenio bilateral en donde no se contemple la totalización de períodos de seguro? La respuesta es negativa, como observamos en el siguiente cuadro:

## CONVENIOS BILATERALES CON PAÍSES EXTRACOMUNITARIOS

País:	Totalización:
Austria	Sí <sup>36</sup>
Finlandia	Sí <sup>37</sup>
Suecia	Sí <sup>38</sup>
Suiza	Sí <sup>39</sup>
Estados Unidos	Sí <sup>40</sup>

36. Convenio bilateral de Seguridad Social de 6 de noviembre de 1981 (BOE de 8 de julio 1983), art. 10. Cf. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Convenios y Acuerdos Internacionales en materia de Seguridad Social suscritos por España con otros países e instrumentos jurídicos complementarios*, ed. INSS, Madrid, 1991, vol. I, 213.

37. Convenio bilateral de Seguridad Social de 19 de diciembre de 1985 (BOE de 14 de julio 1987), art. 12. Cf. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Convenios y Acuerdos Internacionales...*, cit., vol. I, 539.

38. Convenio bilateral de Seguridad Social de 4 de febrero de 1983 (BOE de 12 de julio 1984), art. 12. Cf. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Convenios y Acuerdos Internacionales...*, cit., vol. I, 439.

39. Convenio bilateral de Seguridad Social de 13 de octubre de 1969 (BOE de 1 de septiembre 1979), art. 9.3. Cf. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Convenios y Acuerdos Internacionales...*, cit., vol. I, 473.

40. Convenio sobre Seguridad Social España-Estados Unidos de 30 de septiembre de 1986 (BOE de 29 de marzo 1988), arts. 9 y 17. Cf. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Convenios y Acuerdos Internacionales...*, vol. I, 493 y 497.

35. La *pro rata temporis* se aplica sin problema, en cambio, en la SS TSJ, Galicia, de 8 de abril y 28 de septiembre 1991: *Actualidad Laboral* 857 (1991) y 171 (1992), respectivamente.

## REVISIÓN DE LAS PENSIONES

### I. INTRODUCCIÓN

Tras el reconocimiento médico, la institución deudora comunica eventualmente al pensionista una reducción o supresión de las prestaciones, al ver mejorado su estado físico. A nosotros nos interesa precisamente otro orden de cuestiones paralelas, los casos en los que la pensión se modifica por causas no dependientes de pensionista. Ello se debe a que los Reglamentos comunitarios permiten a las instituciones deudoras reaccionar frente a cambios en la «base del negocio». Nos referimos a supuestos tan dispares como los indicados en el siguiente cuadro:

Revisión de la pensión	a) Acreditaciones sobrevenidas
	b) Incompatibilidad con el trabajo
	c) No acumulación con otras pensiones
	d) Revalorización de pensiones

### II. ACREDITACIONES SOBREVENIDAS

Frente a la visualización simultánea de un hecho causante de invalidez que provoca declaraciones paralelas de pensión por diversas instituciones competentes, o del cumplimiento de una edad de jubilación que moviliza al mismo tiempo el reconocimiento de prestaciones en varios países, en



multitud de ocasiones ocurre un fenómeno más complejo, en donde el trabajador cumple *sucesivamente*, y no simultáneamente, los requisitos del derecho en varios países, o en uno de ellos se supedita la prestación a requisitos secundarios que se producen *a posteriori*. Tan sorprendente variante la hemos conocido en una de sus manifestaciones al hablar de las diversas edades de jubilación, y allí veíamos cómo el trabajador se va a jubilar a los 60 años en un país con una pensión irrisoria, hasta tanto no cumpla los 65 y comience a percibir la parte proporcional de otro país cuya edad mínima se sitúa en ese umbral. Por suerte también hemos visto que la mayoría de los Estados miembros admiten la compatibilidad total o parcial de las pensiones de vejez con el trabajo remunerado, si bien España no se encuentra entre ellos. El trastorno burocrático de las nuevas jubilaciones tampoco reviste gravedad, pues el primer país sólo paga desde el comienzo su parte proporcional, en aplicación del art. 46 R.1408/71.

Pero los casos registrados por la experiencia llegan todavía más lejos en matices. Si la pensión percibida no es de vejez, sino de invalidez, no será difícil que el pensionista cobre íntegramente la prestación del país donde ocurrió el hecho causante (si los países deudores son todos de legislación tipo A), y en tal supuesto la acreditación sobrevenida de una pensión adicional incita a reajustar la primera: sabemos que las pensiones de vejez e invalidez son de la misma naturaleza, y sobre ellas cabe aplicar las limitaciones anticúmulo del art. 12 R.1408/71. Otro grupo de casos consiste en el reconocimiento de pensiones de *invalidez* cuando se está percibiendo ya una o varias pensiones de vejez: como la compatibilidad de éstas con el trabajo remunerado es la regla general, según decíamos, bastará haber causado derecho al retiro en un país con edades bajas de jubilación y continuar trabajando en otro país con edad alta (por ejemplo, Dinamarca, con 67) para ubicarnos en el horizonte indicado. Si se trata de una trabajadora, las probabilidades aumentan, pues Bélgica, Gran Bretaña, Italia y Portugal reconocen edades de jubilación aún menores para ellas. Por no hablar de las jubilaciones anticipadas previstas en casi todos los países comunitarios.

Consideramos necesario distinguir en esta materia dos grupos distintos de supuestos: aquellos donde la acreditación sucesiva reposa en el mismo hecho causante, y aquellos en que la superveniencia se origina en un distinto hecho. Las consecuencias jurídicas no serán las mismas, como vamos a ver.

El fenómeno de la superveniencia de acreditaciones plantea al menos tres interrogantes: si han de denunciarse los cambios por el titular ante las instituciones deudoras a medida que van ocurriendo para activar el derecho a prestaciones; si las pensiones iniciales deben reajustarse a la baja con las nuevas acreditaciones; y si han de computarse los períodos de seguro causados con posterioridad a la declaración de vejez o invalidez.

## 1. ¿Han de denunciarse los reconocimientos sucesivos?

Los arts. 44.2 R.1408/71 y 36 R.574/72 prevén una especie de reacción en cadena cuando el trabajador presenta una solicitud de prestaciones en la institución competente de su país de residencia o, si éste no pertenece a la UE, del último país miembro donde trabajó. Como dice el pár. 4 del artículo últimamente citado, «una solicitud de prestaciones dirigida a la institución de un Estado miembro originará automáticamente la *liquidación concomitante* de prestaciones con arreglo a las legislaciones de todos los Estados miembros afectados antes las cuales reúna el solicitante las condiciones exigidas, salvo en el supuesto de que éste desee... que se le aplase la liquidación de las prestaciones de vejez a que tendría derecho». Esa liquidación *por simpatía* vincula a todas las instituciones a una misma solicitud, porque todas ellas se constituyen en deudoras por el mismo hecho causante. A veces el hecho causante es el mismo, pero los requisitos para el derecho a prestaciones no surgen simultáneamente en todos los países donde se cubrieron períodos de seguro. Para tal supuesto la STJE de 9 de marzo de 1976 determinó en el *asunto Balsamo* 108/75 que no es necesario presentar una nueva solicitud en los siguientes Estados donde va acreditando derecho a prestaciones por un mismo hecho.

Cuando el hecho causante difiere (el cumplimiento de los 60 y de los 65 años para dos pensiones de jubilación; el cumplimiento de los 60 años y el acaecimiento de un infortunio para pensiones de jubilación y de invalidez), el nexo causal se ha roto y cabe pensar en la necesidad de presentar nuevas solicitudes al respecto. El art. 49.2 R.1408/71 pone el acento en el carácter automático de las operaciones contables a realizar por cada institución competente: las prestaciones —dice— serán automáticamente objeto de un nuevo cálculo a medida que se vayan cumpliendo los requisitos exigidos por una o varias de las demás legislaciones a las que el interesado haya estado sujeto, o cuando solicite la liquidación de las prestaciones de vejez aplazadas hasta ese momento a instancias del beneficiario. Se refiere sin duda a la sucesión de reconocimientos por un mismo hecho causante, pues de proceder de hechos distintos, el eventual reajuste respondería más bien a las reglas de no acumulación entre pensiones de la misma naturaleza del art. 12 R.1408/71. También se efectuará automáticamente un nuevo reajuste —continúa el art. 49.3— cuando las condiciones estipuladas por una o varias legislaciones afectadas dejen de cumplirse.

## 2. ¿Deben reajustarse a la baja las pensiones iniciales?

La respuesta que nos llega de las normas comunitarias no es plenamente afirmativa. El reajuste debe efectuarse, aunque no siempre a la baja, como interpreta la Comisión Administrativa. Vamos a explicar por qué.

De ordinario, el cómputo va a permanecer inalterado tanto en el «numerador» como en el «denominador», es decir, tanto en la cuantía teórica de años de seguro como en el reparto percentual de lo que a cada país corresponde, cuando aparecen nuevos países deudores: el trabajador ha cumplido durante su carrera profesional, pongamos por caso, cuarenta años de períodos de seguro en tres países distintos, y ese tiempo servirá desde un principio como cuantía teórica para que el primer país abone su cuota-parte. El cumplimiento de requisitos en los demás países no va a redundar de ordinario en el aumento de los períodos de seguro (el «numerador»), ni en el aumento o disminución de la pensión pagada por el primer país, sino en un aumento de la pensión total percibida por el beneficiario. Ni siquiera cabrá aplicar las reglas nacionales de reducción, suspensión o supresión, permitidas por el art. 12 para supuestos distintos del prorrateo, pues estas prestaciones parciales, cuya suma constituye el equivalente de una prestación total, no pueden reducirse por ello en aplicación de reglas relativas a la superposición de prestaciones de la misma naturaleza<sup>1</sup>.

Sólo cuando se pase de una prestación nacional a otra comunitaria cabrá pensar en una reducción de la nacional aunque el total resulte más favorable para el pensionista. En atención al art. 46.1.b R. 1408/71, si el interesado cumple los requisitos de una sola legislación sin que sea necesario recurrir a los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones cuyas condiciones no se satisfacen, la cuantía de la prestación debida se calculará únicamente según lo dispuesto en la legislación cuyas condiciones se reúnan, y considerando sólo los períodos cumplidos con arreglo a dicha legislación. Con lo cual la supervenencia de nuevas acreditaciones en otros países, añadimos nosotros, hará saltar automáticamente el mecanismo comunitario del prorrateo, añadiendo nuevos períodos de seguro antes no computados y reduciendo eventualmente la cantidad abonada por el primer país debido al aumento de períodos reconocidos (el «numerador»)<sup>2</sup> y al poder prescindir en su caso de los complementos para mínimos.

No parece necesario mencionar que la acumulación de pensiones (íntegras) debidas a invalidez y vejez desencadena desde luego los mecanismos nacionales de reducción, suspensión o supresión que veremos más abajo en este mismo capítulo, epígrafe IV. Digamos únicamente

que en este caso no se encuentran las pensiones de vejez causadas a distintas edades mínimas, por muy distantes que ellas sean, que pueden serlo mucho si tenemos en cuenta las jubilaciones anticipadas, de modo que se acogen al prorrateo. Si bien el ambiguo mundo de las prestaciones a *parados* de edad madura no siempre cabrá entenderlo incluido en el concepto de jubilaciones anticipadas: no es lo mismo el subsidio de desempleo para mayores de 52 años pagado en España que la jubilación (*Altersrente*) alemana para desempleados mayores de 60 años<sup>3</sup>.

### 3. ¿Se computan los períodos de seguro causados con posterioridad al reconocimiento del derecho?

Respecto a los períodos de seguro causados con posterioridad al comienzo de una pensión de vejez o invalidez, la Comisión Administrativa ha resuelto varias dudas sobre su cómputo a efectos de recalcular la cuantía que se venía percibiendo inicialmente. En su decisión n.º 96, de 15 de marzo de 1974, indica que cada país habrá de tener en cuenta «en el numerador y el denominador de la fracción que representa el prorrateo... los períodos de seguro o de residencia cubiertos después de la apertura del derecho a la prestación inicial bajo la legislación que aplique», y además, en el «denominador», los cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro y en aquellos otros bajo cuya legislación o legislaciones esta prestación hubiera sido liquidada anteriormente.

## III. INCOMPATIBILIDAD CON TRABAJO REMUNERADO DEL PENSIONISTA

### 1. Trabajo no remunerado y episódico

Los informes de las asociaciones de emigrantes retornados mencionan en punto a las pensiones de invalidez esporádicamente el caso de un beneficiario que es sorprendido pintando su casa pese a sufrir una invalidez del 70-85 por 100, y ésta le viene retirada por la institución competente. Nos toca plantearnos qué criterios se siguen en semejante disciplina, a la búsqueda de alguna distorsión incompatible con el Tratado constitutivo de la Unión Europea.

Cabe señalar un posible efecto perverso del reparto de funciones entre las instituciones competentes del país deudor y del de residencia en el seguimiento del pensionista determinado por el art. 51.1 del Reglamento 574, cuando vemos que el control administrativo y médico se ejerce, a requerimiento de la institución deudora, por la del lugar de

3. Respectivamente, art. 13.2 Ley 31/1984, de protección por desempleo, y epígrafe 38 del capítulo 2.2.2.1 SGB IV, «Rentas por edad».

1. OIT, *Social Security for Migrant Workers*, 95-96; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, 238.

2. Por ejemplo, el país inicial pagaba pensión en solitario por los 15 años acreditados en su territorio, y al entrar ahora a computarse los períodos de seguro sustanciados en otro país suma una cuantía teórica de 40 años y un porcentaje para el país inicial del 375 por 100, lo cual puede implicar una cuantía inferior a la abonada hasta el momento. El Anexo IV.C del Reglamento 1408 indica los supuestos para cada Estado miembro en que el cálculo «comunitario» de prestaciones conduce a una cuantía igual o inferior al cálculo «nacional».

residencia según las normas aplicadas por esta última institución. El inspector de trabajo descubre al pensionista, en el curso de una comprobación pedida por el país deudor<sup>4</sup>, pintando su casa, y se remite el correspondiente informe a la institución deudora, con el resultado antevisto; pero sucede que esa actuación unilateral de la institución competente contrasta con la normativa española, que por un lado no permite a las entidades gestoras de nuestro país revisar de oficio los actos de reconocimiento de prestaciones, debiendo acudir para ello a los tribunales competentes<sup>5</sup>, y por otro sólo considera la anulación o suspensión del derecho a prestaciones cuando la invalidez permanente se haya agravado a consecuencia de la imprudencia *temeraria* del beneficiario<sup>6</sup>. De ese modo, el acto de pintar se considera normal en España por el pensionista residente en este país, así como por el inspector que procede al control solicitado por la institución deudora, mientras se considera como infracción justificadora de la supresión para algún país deudor, la cual aplica su propia legislación, sorprendiendo las expectativas del pensionista.

La respuesta a situaciones tan chocantes no parecen transitar por un cambio de la legislación aplicable, al menos en el inmediato futuro, entre otras cosas porque las instituciones deudora reprobarían el cambio como un trato de favor respecto a lo existente para sus propios nacionales. Sólo cabe una más acabada información por parte de los beneficiarios de las pensiones transfronterizas, y en este sentido parece oportuna una actuación de la Comisión Administrativa de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, o por su secretariado, clarificando el conjunto de obligaciones impuestas por cada el país en el disfrute de las prestaciones.

## 2. Trabajos lucrativos

Un paso más allá en la actividad del pensionista lo constituye el ejercicio de trabajos más o menos estables, y especialmente los de índole lucrativa. No existe apenas información sobre la importancia de esos casos de actividad remunerada del pensionista, bien porque las instituciones competentes no ejercen el oportuno control, bien porque realmente no se producen demasiados. A tenor del art. 51 R-574, cuando se compruebe que el beneficiario ejerza una actividad remunerada, o cuente con recursos superiores al límite prescrito, a la vez que percibe tales prestaciones, la institución del lugar de estancia o de residencia deberá dirigir un informe a la institución deudora que haya solicitado el control; en el

informe debe ir también el dictamen del médico especialista sobre el estado de salud del interesado. Las normas comunitarias callan en lo demás, dando paso a la aplicación de las legislaciones nacionales respecto a la sanción pertinente, la cual no podrá desde luego ser distinta a la aplicada a los ciudadanos del propio país en una situación idéntica, por aplicación del principio de igualdad del art. 3 del Reglamento 1408.

Para las pensiones de jubilación se dibuja un panorama bastante distinto. El caso emblemático viene representado sin lugar a dudas por Alemania, donde el perceptor de una pensión por vejez puede simultanearla sin problemas, y ya hemos visto cuán favorable suma reconoce ese país para los ancianos. El legislador alemán considera causado el derecho a prestaciones para quien haya cumplido con los años de cotización necesarios, de forma similar a un seguro privado de vejez: si el titular ha tenido la fortuna de alcanzar la edad estipulada tras haber pagado religiosamente las primas durante los años exigidos, tiene derecho al pago de la pensión. Pero se conoce menos la difusión de esta regla de compatibilidad en los países comunitarios: excepto para Bélgica y España, todos los países de la Unión Europea admiten el cúmulo de pensiones con remuneraciones en todo o en parte. En la última situación se encuentran países en los cuales sólo se retira una parte de la pensión excedente de un mínimo determinado (Italia), o sólo se permite cuando la remuneración no excede de una cantidad determinada (Grecia), o afecta únicamente a la cuantía suplementaria de la pensión (Holanda), o deben cumplirse ciertas condiciones (Luxemburgo). El paisaje adopta la siguiente composición:

NO COMPATIBLE	COMPATIBILIDAD PARCIAL	COMPATIBILIDAD PLENA
Bélgica <sup>7</sup> España	Dinamarca Grecia Italia Luxemburgo Holanda	Alemania Francia Irlanda <sup>8</sup> Portugal Gran Bretaña

España aparece como el país con una legislación más restrictiva en punto a compatibilidad, lo cual nos lleva a interrogarnos sobre la co-

4. Art. 3.II b, Ley 39/1962, de 21 de julio, ordenadora de la Inspección de Trabajo.

5. SSTCT 24 de enero y 15 de marzo 1980, 30 de enero, 25 y 29 de junio, 29 de septiembre, 11 y 27 de octubre y 10 de noviembre de 1982, 6 y 21 de mayo, 8 y 10 de junio de 1983, 14 de enero y 15 de febrero de 1984.

6. Art. 23.1 b, Orden de 15 de abril 1969.

7. Prohibición relativa: la compatibilidad debe autorizarse, y la remuneración no debe superar una cantidad determinada: 19.856 francos belgas mensuales para los asalariados, en 1991: MISSOC, *Social protection in the member States*, 114.

8. Prohibida, en cambio, para la *retirement pension*, cuya duración es de un año a la edad de 65, y antecede a la pensión de vejez u *old age pension*: Pieters, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, cit., 240.

nexión del aspecto que comentamos con la política de empleo defendida por algunos países con altos índices de paro. Efectivamente, se considera inadecuado permitir a los afectados por las contingencias de vejez, invalidez, y por supuesto, paro, el compatibilizar las prestaciones aseguratorias con el desempeño de un trabajo remunerado. Pero mientras en el supuesto del desempleo la incompatibilidad se sitúa en la propia estructura de la prestación, y en el de la invalidez responde a postulados lógicos cada vez más relativos<sup>9</sup>, en el de vejez responde únicamente al criterio de permitir un mayor mercado de trabajo a quienes no tienen otros ingresos, y en especial a los jóvenes. En la clásica obra de Paul Durand se enunciaba otra división inspirada —a la vista de los conceptos utilizados— en la legislación británica y que estimamos desfasada hoy en día:

El riesgo de vejez puede concebirse de dos modos diferentes. En primer lugar, la pensión puede presentarse como la contrapartida de los servicios que una persona ha aportado durante su vida activa; llegado a una determinada edad, el asegurado tiene derecho al descanso y percibe, en el más estricto sentido, una pensión de *vejez*. Desde un segundo punto de vista, el anciano es considerado como un inválido; la usura fisiológica, las enfermedades de la edad, y un rendimiento profesional insuficiente, hacen imposible la prolongación de la vida profesional: la pensión se convierte entonces en una pensión de *retiro*<sup>10</sup>.

No consideramos real semejante distinción en los momentos actuales, al menos para España, como parece deducirse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional a cuyo tenor cabe la imposición de edades forzosas de jubilación en los convenios colectivos siempre que el jubilado disponga de una pensión de retiro y que la medida se enmarque en el seno de una política de empleo<sup>11</sup>.

A nuestro juicio, privar de la posibilidad de seguir prestando una labor útil a los jubilados no ha demostrado hasta el momento redundar en una mejora significativa de las ofertas de empleo para el resto de los trabajadores; la experiencia de esas personas parece, por el contrario, muy importante en ciertos casos, de modo que ese puesto quizá no se cubriría con otro trabajador, en el caso de las *tareas personalísimas*; en último extremo, la Seguridad Social pierde la cotización de esos retirados, y aumenta el número de enfermedades psíquicas y físicas entre los pensionistas, para quienes la prohibición significa una auténtica tragedia pero la remuneración por otro lado no resulta suficiente. Parece mucho más

9. En el Derecho español, por ejemplo, se discute el alcance de la capacidad residual del inválido absoluto en los arts. 135.5 y 138.2 de la LGSS. Cf. López-Tarruella y Viqueira Pérez, *El trabajo del inválido permanente absoluto*, Madrid, 1992, *passim*.

10. *La política contemporánea de Seguridad Social*, cit., 256.

11. SSTC n.º 58, 95 y 111 de 1985, de 30 de abril, 29 de julio y 11 de octubre de ese año, respectivamente.

ventajosa una armonización en el medio, reduciendo por ejemplo la cuantía de la pensión a la mínima establecida en cada momento: la Seguridad Social se ahorraría el resto, e ingresaría cotizaciones adicionales por las remuneraciones del pensionista.

#### IV. REGLAS NACIONALES DE NO ACUMULACIÓN CON OTRAS PENSIONES

Junto a ello, los Reglamentos comunitarios también autorizan a «exportar» las normas nacionales sobre incompatibilidad de pensiones a los casos en que se produce acumulación de una pensión propia con otra extranjera por efecto de las normas comunitarias. Como indican Roccella y Treu, la prohibición de cúmulo es, por así decirlo, la cara «negativa» del principio de extraterritorialidad<sup>12</sup>. La UE no desea que sus normas puedan llevar más allá de lo pretendido —la totalización de cotizaciones o períodos cumplidos en dos o más países distintos—, hasta un enriquecimiento indebido de los pensionistas transfronterizos, aunque tampoco menos<sup>13</sup>.

Se trata del bien conocido supuesto que en la legislación española se denomina concurrencia de pensiones o rentas, formulado aquí en términos generales por el art. 12 R.1408 y, para las pensiones de invalidez y vejez, por el art. 46.3 y los nuevos arts. 46 bis, ter y quater del mismo Reglamento. Naturalmente que tales preceptos no pretenden interferir en las situaciones de concurrencia interna de un país, o sea entre dos pensiones de la misma nacionalidad, sino entre dos pensiones de distinta nacionalidad —belga con española, por ejemplo—, o entre una nacional y otra europea prorrateada entre varios países. La idea que anima a estas normas consiste en que si el pensionista percibe prestaciones, ingresos o rentas paralelas a las que percibe por efecto de la legislación comunitaria de seguridad social, el país pagador de la pensión podrá reducirla, suspenderla e incluso suprimirla conforme a las reglas establecidas en su legislación nacional. No existen por tanto fórmulas comunitarias, sino las nacionales de cada país, que pueden ser muy diversas de unos a otros.

En su art. 12.1, el Reglamento 1408 sienta un principio general al proclamar que sus normas no pueden utilizarse para reconocer dos pensiones de la misma naturaleza con base en el mismo período de carencia..., excepto las partes de una misma pensión europea pagadas proporcionalmente por varios Estados. Se consideran prestaciones de la misma naturaleza las de invalidez, vejez y muerte (art. 46 bis). Si el trabajador obtiene dos pensiones de invalidez —o una de invalidez y otra de vejez—, por el mismo período de aseguramiento, cada Estado pagador podrá hacer valer

12. *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padua, 1992, 144.

13. En el *asunto Rossi* 100/78, de 6 de marzo de 1979, rechaza la aplicación del cúmulo en cuanto sea menos favorable que el régimen de prorrateo.

sus normas nacionales de reducción, suspensión o supresión. Pero las concedidas en régimen de prorrateo, al no tratarse de distintas pensiones acumuladas, sino de dos partes de una única pensión, se excluyen de estas normas por el art. 12.1<sup>14</sup>, así como supuestos parecidos de aumentos de la misma pensión por agravamiento de la invalidez, el mantenimiento transitorio de ésta última cuando se está en trámites para convertirla en pensión de jubilación, los complementos para mínimos, la revalorización y nuevo cálculo de prestaciones, o la mayor pensión reconocida por agravamiento de una enfermedad profesional (arts. 41, 43, 46, 50, 51 y 60): aquí no hay acumulación, sino *integración* de pensiones, y entraríamos en lo absurdo si al aplicar por ejemplo una revalorización pretendiéramos reducir la pensión básica en la misma medida<sup>15</sup>. Por su parte, el número 2 de ese mismo artículo consideraba aplicables las cláusulas nacionales anticúmulo a la pensión propia que concurriera con otra pensión o ingreso de otro país, excepto también las pensiones prorrateadas.

La situación con mayor número de espinosos problemas suscitados a lo largo de la ya prolongada historia de la Seguridad Social comunitaria se produce con el disfrute simultáneo de una prestación nacional y otra europea o prorrateada. Sobre todo para los países pagadores de tipo A, Bélgica, Francia y Holanda, semejante acumulación podía llevar a situaciones excesivas, pues las legislaciones de tipo A, como se recordará, otorgan prestaciones conforme al grado de invalidez, sin tener en cuenta el período de carencia satisfecho por el beneficiario, excepto eventualmente un umbral mínimo. De modo que un trabajador podía alcanzar una pensión muy elevada de un país A por un breve período de carencia en él y otras pensiones prorrateadas en otros países de tipo B, igualmente elevadas. Innumerables supuestos de revisión de pensiones belgas frente a beneficiarios italianos con dos y tres pensiones de la misma naturaleza han generado una compleja historia por donde desfilan anulaciones de artículos por el TJE, enfrentamientos entre TJE, los países pagadores, los abogados generales y la Comisión, campañas de descrédito contra el TJE, y finalmente una reforma en profundidad de esos artículos mediante el Reglamento 1242/92.

14. Puede suceder que para el cálculo de la pensión correspondiente a un trabajador transfronterizo se lleven a cabo las operaciones del art. 46 R. 1408, y den como resultado una pensión nacional superior, desechándose en consecuencia la pensión transfronteriza. En tales casos, pueden aplicarse las restricciones nacionales cuando se superan los límites fijados en el art. 46.3 R. 1408, si la pensión nacional con restricción incluida continuara siendo más favorable que la transfronteriza, como se indica por el TJE sobre los *asuntos acumulados Di Crescenzo y otros* C. 90/91 y C. 91-91, en Sentencia de 11 de junio de 1992. En el *asunto Di Prinzio* C. 5/91, la Sentencia TJE de 18 de febrero de 1992 clarificaba el procedimiento de cálculo del art. 46 R. 1408.

15. El nuevo cálculo de prestaciones escapa a las normas nacionales y se rige por el art. R. 1408, como ratifica el TJE en el *asunto Bogana* C. 193/92, referente a un italiano con pensiones de invalidez belga e italiana, al que se reclaman cantidades ya percibidas de la pensión belga una vez que la institución competente efectuó un nuevo cálculo conforme a su legislación de 1963 de la revalorización italiana y consideró que debía recuperar una cantidad mayor a la inicialmente considerada. Véase también el *asunto Levantino*, *infra*, epígrafe v.5.

En efecto, para paliar resultados de favor hacia los emigrantes respecto a lo establecido para los no migrantes, el art. 46.3 señalaba en su versión anterior que la acumulación de pensiones tenía el límite de la cuantía teórica más elevada de entre las que se calcularan por los distintos países obligados a prorratear: si un trabajador causaba derecho a una pensión nacional y a otra europea, podía disfrutar de las dos mientras la suma no superara la cuantía teórica dicha. Sin embargo, y contra el parecer de la Comisión y de algunos abogados generales, el TJE consideró que el Tratado fundacional consagraba el respeto a los derechos adquiridos, y que las pensiones nacionales que el trabajador percibiera no podían quedar alteradas o suprimidas por el disfrute de una pensión comunitaria, sino que debían respetarse y, consiguientemente, permitirse la percepción de ambas, por lo que consideró el art. 46.3 R. 1408 *incompatible* con el art. 51 del Tratado constitutivo<sup>16</sup>. Cegado este camino, los países afectados acudieron al art. 12 y sus cláusulas anticúmulo, y el TJE resolvió favorablemente, al entenderlas aplicables a la pensión nacional —no a la prorrateada<sup>17</sup>—.

El Reglamento 1408 ha quedado sustancialmente modificado en 1992, como decimos, y nuevos artículos 46 bis a quater, así como reformas en los arts. 12 y 46, parecen haber resuelto las inquietudes que la doctrina del TJE. El resultado final parece ser un endurecimiento del R-1408, arropado en una adaptación a la doctrina del TJE: el art. 12.2 se simplifica, permitiendo las cláusulas anticúmulo en las pensiones prorrateadas, y el art. 46.3 también, Cuatro reglas específicas cabe destacar:

a) Respecto a las pensiones de la misma naturaleza, sólo se considerarán las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de otros ingresos obtenidos en otro Estado miembro si la legislación del primer Estado miembro establece un cómputo de las

16. *Asuntos Petroni* 24/75, sentencia de 21 de octubre de 1975; *Strehl* 62/76, de 3 de febrero de 1977; *Manzoni* 112/76, de 13 de octubre de 1977. «El Tribunal ha excluido la aplicación del Derecho comunitario cada vez que el derecho a prestaciones del asegurado se reconoce en virtud exclusivamente del Derecho nacional, y descarta así la eventualidad de una pérdida de derechos adquiridos o en curso de adquisición»: Tantaroudas, *La protection juridique des travailleurs migrants*, cit., 223. La actitud del TJE se hace eco del Convenio OIT n.º 48 sobre conservación de los derechos de los migrantes en el aseguramiento de la invalidez, vejez y muerte, y de la normativa CEEA. Contra esta posición se había levantado Voirin, «Sécurité sociale des travailleurs migrants: commentaires des arrêts de la CJCE (Colditz, Ciechelski, de Moor)»: *Droit Social* (1968) 329 ss., considerando que la intención del Reglamento comunitario era instituir una prorrateización generalizada en cualquier hipótesis, incluso en el caso de reconocimiento de derechos sin totalización. El resultado final parece ser una situación intermedia entre, digamos, Voirin y Tantaroudas, al permitir las cláusulas anticúmulo, sin llegar al prorrateo de la pensión nacional.

17. *Asuntos Mura* 236/78, *Naselli* 83/77, *Ruzzu* 117/84 y *Sinatra* 296/84: cuando un trabajador reciba una pensión en virtud únicamente de la legislación nacional, viene a decir, se le puede aplicar íntegramente la legislación nacional, incluidas sus cláusulas anticúmulo.

prestaciones o los ingresos obtenidos en el extranjero en este sentido (art. 46 bis, número 3 a).

b) La reducción de una pensión nacional alcanzará como máximo al importe de las prestaciones o ingresos obtenidos en los demás Estados miembros (art. 46 bis, número 3 d). Un Estado solo puede reducir su prestación en cuantía no superior a lo recibido por el beneficiario en los demás países miembros<sup>18</sup>.

c) La comparación entre la prestación nacional y la europea para dilucidar cuál de ellas prevalece por ser más favorable para el trabajador ha de efectuarse una vez aplicadas a la nacional las eventuales cláusulas anticúmulo de ese país.

d) El nuevo art. 46 quater contempla algunos casos de incompatibilidad con prestaciones o ingresos de naturaleza distinta. Nos hallamos ante un artículo complejo, el cual regula tres posibles situaciones: acumulación con pensión nacional de otro país; de una pensión comunitaria (prorrataada); o de simultáneamente una pensión nacional y otra prorrateada, con prestaciones o ingresos de distinta naturaleza. Con objeto de evitar una aplicación *brusca* de las incompatibilidades por los Estados miembros, el Reglamento 1408 señala en tales casos que las reducciones de pensión se repartirán entre las diversas pensiones si hubiera más de una, o se calcularán proporcionalmente según el porcentaje asignado al país en el prorrateo.

¿Qué situaciones comunitarias quedan, a virtud de lo anteriormente expuesto, fuera de las normas nacionales de incompatibilidad? La reforma de 1992 ha reducido las exclusiones, atendiendo a la enorme presión proveniente de los países pagadores. Sólo parece haber quedado fuera lo imprescindible, a saber, las partes proporcionales de una pensión prorrateada, contrariando seguramente los deseos de los países de legislación A<sup>19</sup>.

Pero a nosotros nos interesa más aquí analizar desde los supuestos actuales de minoración de pensiones el efecto de las normas nacionales sobre incompatibilidad, antes que detenernos en la mecánica pura y abstracta de la normativa comunitaria<sup>20</sup>. A través de las experiencias vividas por los

18. Así, por ejemplo, en el *asunto McMenamin* C. 119/91, de 9 de diciembre de 1992, de asignación por hijo a trabajadora fronteriza que trabaja en Irlanda del Norte y reside en Irlanda, el TJE declara válida la suspensión de la prestación familiar de su país de trabajo hasta una cantidad equivalente a la asignación de la misma naturaleza que percibe en el país de residencia.

19. Véanse los diversos casos bajo la norma anterior en Colina, Ramírez y Sala, *Derecho Social Comunitario*, Valencia, 1991, 146 y 149. El TJE, por su parte, ha considerado de naturaleza diferente las prestaciones de garantía de ingresos y pensiones de vejez (sentencia 171/82, *asunto Valentini*), y las prestaciones de invalidez y la pensión de supervivencia (sentencia 197/85, *asunto Stefanutti*).

20. Sobre ella puede verse Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *La Seguridad Social...*, cit., 221 ss.; Colina, Ramírez y Sala, *Derecho Social Comunitario*, cit., 146 ss., bien que referidos al Reglamento 1408 en versiones ya obsoletas; Tantaroudas, *La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE*, París, 1973, 205 ss., referidos a los antiguos Reglamentos 3 y 4; y Rocella y Treu, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, cit., 144-145.

emigrantes podremos calibrar la importancia y extensión de esas normas reductoras nacionales. En nuestros días el mayor número de casos resueltos por el TJE se debe a las peculiares legislaciones de Bélgica y Alemania, la primera por sus «saltos» entre pensión familiar y pensión individual, y la segunda por sus «desviaciones» en los requisitos de la pensión frente a beneficiarios extranjeros, que analizaremos a continuación. Un tercer tipo de casos, referidos al impacto de las pensiones mínimas y de los complementos para mínimos, los veremos en el epígrafe v.

### 1. Las modificaciones en la situación familiar del pensionista

Tales modificaciones provocan sensibles cambios en la cuantía de las pensiones belgas, las cuales se abonan en cuantía del 75 por 100 de las retribuciones brutas cuando el beneficiario mantiene a otra persona desprovista de ingresos —generalmente la esposa— y del 60 por 100 si ello no ocurre<sup>21</sup>. La connotación transfronteriza incide de varias maneras, unas veces porque la persona a cargo pasa a percibir una renta o pensión del otro país, otras porque sencillamente el beneficiario percibe una pensión prorrateada que en la fracción belga sufre una merma por circunstancias familiares. La normativa comunitaria ha mostrado los límites de esta legislación belga en su aplicación a pensiones transfronterizas, como veremos en los dos siguientes casos:

a) El *asunto Bakker* 115/87, de 20 de abril de 1988, contemplaba una concurrencia de dos pensiones de vejez, holandesa y belga. El señor Bakker percibía la pensión belga en su modalidad «familiar», del 75 por 100 de las retribuciones brutas, mientras que la holandesa consistía en el 100 por 100 del salario mínimo neto, al incluirse un complemento por familiar a cargo, la esposa que no trabajaba. Al modificarse la legislación holandesa en 1985, los esposos Bakker comenzaron a percibir cada uno una pensión de jubilación del 50 por 100, lo que aprovechó la Seguridad Social belga para reducir su pensión a la modalidad individual del 60 por 100, por cuanto su legislación así lo establecía en el caso de que el cónyuge del beneficiario pasara a percibir ingresos. El TJE niega validez a la reducción, por cuanto:

Del propio texto del citado artículo 12 se desprende que las cláusulas de no acumulación contempladas por dicha disposición se refieren exclusivamente a los casos en que una misma persona sea beneficiaria de varias prestaciones.

21. Dicho sea de paso, la diferente cuantía de la pensión según que el beneficiario tenga o no tenga cónyuge y/o hijos a cargo se encuentra bastante extendida en la Unión, tanto para la invalidez como para la jubilación, como se refleja en cualquier publicación donde se contengan cuadros comparativos, comenzando por el MISSOC.

b) También debe mencionarse la reducción de prestaciones belgas por la muerte del cónyuge, factor ante el que el pensionista reacciona a veces con incredulidad, como puede verse en el *asunto Viva* 83/87, contemplado por la STJE de 4 de mayo de 1988: un minero italiano beneficiario de una pensión belga de invalidez prorrateada con otra italiana, la primera de las cuales se le reduce cuando muere su esposa, aplicándosele el porcentaje de «no casado». El Tribunal acepta el nuevo cálculo de la pensión ocasionado por cambios sobrevenidos en la situación personal del asegurado, siempre que se hiciera bajo las normas del Reglamento comunitario actual, y rechaza el intento del pensionista de ubicar el supuesto dentro del art. 94.5 Reglamento 1408, sobre derecho de opción del beneficiario a revisar su antigua pensión con las reglas de la nueva normativa<sup>22</sup>.

## 2. Requisitos matizados para los extranjeros

Actúa a veces contra discriminaciones indirectas de porte muy refinado introducidas o simplemente mantenidas por los países deudores para reducir la fuerte carga de las pensiones a extranjeros. ¿Cómo debe calcularse, pongamos por caso, el importe de la reducción cuando coinciden dos o más pensiones?

a) Las normas de no acumulación de un país pueden fijar un tope máximo de la propia pensión para entrar en juego, umbral elevado o más favorable que sin embargo no se aplica frente a pensiones concurrentes de otro país, perjudicando al pensionista transfronterizo. Tal sucedía en el ya citado *asunto Masgio* 10/90, de 7 de marzo de 1991, respecto de un beneficiario de dos pensiones, una de ellas alemana, al que se le suspendía la parte de esta última excedente de la base reguladora, a diferencia de los casos en que se trataba de un alemán con dos pensiones alemanas, donde el tope máximo consistía en la retribución anual<sup>23</sup>. El TJE no admite el trato desigual a la hora de calcular la parte de prestaciones que deba quedar suspendida en aplicación de las disposiciones nacionales a un trabajador

22. El nuevo cálculo se había efectuado según lo establecido en los Reglamentos CEE anteriores al actual 1408/1971, los Reglamentos nn. 3 y 4, y el TJE declara inválido el cálculo según la normativa antigua, pero válido conforme a la nueva. La defensa del pensionista se había basado en que el art. 94.5 permite a los beneficiarios acogerse a su elección a las nuevas normas del Reglamento 1408 para revisar en su favor las pensiones liquidadas al amparo de la legislación anterior, pero no permite en cambio la revisión de oficio por la institución deudora.

23. Según el resumen de *Actividades del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, reproducido en *Actualidad Laboral* de 1991, pág. 946, se trataba de una pensión alemana del régimen de la minería cuyo umbral de incompatibilidad frente a las pensiones extranjeras de accidentes de trabajo se fijaba en la base reguladora, mientras que frente a las pensiones alemanas de accidentes de trabajo se fijaba en la retribución anual. La señora Masgio alegaba que el umbral formado por la retribución anual era más alto que el correspondiente a la base reguladora, y ello perjudicaba a los pensionistas transfronterizos.

migrante si supone un trato menos favorable que el de un trabajador «que, sin haber hecho uso del derecho a la libre circulación, sea beneficiario de dos prestaciones en virtud de la normativa de un mismo Estado miembro».

b) En otras ocasiones, la reducción o supresión de pensiones surge de un endurecimiento de los requisitos para disfrutar de ellas. La Comunidad lleva funcionando ya un tiempo suficientemente largo como para que algunos países hayan comprobado el impacto de los inmigrantes en las finanzas de la Seguridad Social y calculen las modificaciones legislativas permitiendo o introduciendo al descuido efectos perjudiciales para aquellos, como por ejemplo nuevos requisitos de difícil cumplimiento por los nacionales de otros países. El principio sustentado por el TJE en tales casos admite las modificaciones de los requisitos, incluso las peyorativas, siempre que resulte un tratamiento igual para nacionales e inmigrantes de países comunitarios, lo que incluye también la aplicación de las excepciones, respeto a derechos adquiridos, prórrogas, etc., a los beneficiarios de o en otro país comunitario, como el dramático caso *Paraschi* 349/89 ha permitido subrayar<sup>24</sup>.

Si el caso anterior podría venir calificado como expresión de una discriminación indirecta, quedan por determinar aún el efecto de los últimos avances de este concepto sobre los pensionistas transfronterizos. El TJE ha tenido ocasión de declarar en materia de igualdad entre hombres y mujeres que una protección aseguradora para los contratos a tiempo parcial inferior a la de los contratos a tiempo pleno significa una discriminación indirecta contra las mujeres en países donde el porcentaje de éstas trabajando a tiempo parcial sea considerablemente mayor que el de hombres<sup>25</sup>. Si en algún país se diera el caso de una concentración de emigrantes en el bloque de contratos precarios, pongamos por caso, ¿cabría aplicar la misma doctrina de discriminación indirecta cuando las pensiones de ese bloque, tanto las pagadas íntegramente por el país deudor, como las compartidas con otros países comunitarios, alcanzaran niveles inferiores a las de los

24. En el caso *Paraschi*, de 4 de octubre de 1991, la trabajadora extranjera había solicitado varias veces una pensión alemana, pero había sido rechazada por no tener el grado de invalidez suficiente. Cuando, por último, alcanza ese grado y solicita la pensión, los requisitos se habían endurecido y se le deniega nuevamente. El TJE afirma que el Reglamento 1408 no se opone «a que una normativa nacional haga más rigurosos los requisitos para la concesión de una pensión de invalidez, de manera que en lo sucesivo esa pensión se conceda únicamente si el asegurado hubiera desarrollado una actividad sujeta al seguro obligatorio y cotizado 36 mensualidades, como mínimo, durante el período de los 60 meses anteriores al momento en que surja la invalidez...», pero se oponen a que esta normativa que, en determinadas circunstancias, permite la prórroga del período de referencia, no prevea la posibilidad de prórroga cuando los hechos o circunstancias que corresponden a los que permiten su obtención tienen lugar en otro Estado miembro».

25. Caso *Ruzius-Wilbrink* 102/88, sentencia de 13 de diciembre de 1989: en Holanda, la base reguladora para el subsidio de incapacidad laboral consiste para los contratados a tiempo parcial en la media salarial del año anterior, y para los trabajadores a tiempo completo, en una cuantía mínima independiente de la retribución percibida.

contratos normales? El TJE aún no se ha pronunciado sobre el particular, pero el principio de igualdad se encuentra enunciado también en los Reglamentos 1612/1968 y 1408/1971.

#### V. REVALORIZACIÓN DE PENSIONES. PENSIONES MÍNIMAS Y COMPLEMENTOS PARA MÍNIMOS

Con cierta frecuencia, la reducción opera como vehículo para equilibrar un cambio más favorable surgido en la pensión del otro país. En el *asunto Cassamali* 93/90, de 23 de marzo de 1991: el TJE entendió de una reducción de la pensión de jubilación belga sufrida por una beneficiaria titular de una segunda pensión (de viudedad) belga y otra pensión de jubilación italiana, decidida porque la italiana había gozado de una considerable revalorización. Dado que la Seguridad Social belga había reconocido desde el comienzo una pensión reducida para no superar en el conjunto una determinada cuantía, la nueva reducción se consideró inaceptable por la sentencia:

Cuando en virtud de las normas nacionales que prohíben la acumulación, la pensión abonada a un trabajador por un Estado miembro haya sido liquidada por una cuantía que, acumulada a la de una prestación de cualquier tipo abonada por otro Estado miembro, no excede de un límite determinado, ni el art. 51.1 [...] ni ninguna otra disposición de Derecho Comunitario permiten modificar la cuantía de dicha pensión para evitar que exceda del límite, en caso de variaciones posteriores de la otra prestación producidas en razón de la evolución general de la situación económica y social<sup>26</sup>.

Las pensiones prorrateadas quedan modificadas en ocasiones cuando se eleva la cuantía de las pensiones mínimas y de los llamados complementos para mínimos, pues por razones fácilmente comprensibles los trabajadores transfronterizos se sitúan habitualmente en los tramos inferiores de las pensiones. Al igual que otras legislaciones de países comunitarios, nuestro Ordenamiento revaloriza anualmente las pensiones mínimas y se ha suscitado con frecuencia ante los tribunales de justicia la duda de si los porcentajes de incremento y los llamados complementos para mínimos deben o no ser prorrateados en proporción a la parte de pensión española. Los sucesivos Reales Decretos ordenaban aplicar no la pensión mínima ni el complemento para mínimos en su integridad, sino la parte de ellos correspondiente al porcentaje de pensión que correspondiera a España en la prorrata de cada caso: si la institución competente española abonaba el

26. Igual solución en el *caso Ravida*, de 21 de marzo de 1990, sobre acumulación de cuatro pensiones belgas e italianas a las que la Seguridad Social belga había aplicado la reducción necesaria para adecuarlas a la cuantía máxima establecida en el RD belga de 21 de diciembre de 1967.

40 por 100 de la cuantía teórica de la pensión, a ella debería agregar el 40 por 100 de la revalorización y el 40 por 100 del complemento para mínimos<sup>27</sup>. Lo cual llevaba en ocasiones a desvincular a los pensionistas transfronterizos de los niveles garantizados en nuestro país, pues la suma de la parte española así mejorada y de la extranjera no equivalía necesariamente al mínimo garantizado en España. Los mismos Reales Decretos ordenaban considerar a las pensiones extranjeras como rentas de trabajo, cuya acumulación con las pensiones se regulaba con un tratamiento más favorable, ordenando un complemento más ventajoso<sup>28</sup>, pero quizá por ello la jurisprudencia no lo consideraba aplicable a los casos de pensiones prorrateadas, ya que conducía a resultados injustos si comparados con la regla vigente para la concurrencia de pensiones nacionales<sup>29</sup>.

Con una aproximación bien distinta, numerosas sentencias han considerado que la pensión mínima tiene un carácter general y una naturaleza asistencial, por lo que no puede ser objeto de prorrateo, y que el art. 41 CE proclama el principio de prestaciones sociales suficientes, argumentación que el Tribunal Supremo ha rechazado<sup>30</sup>. En tal doctrina se produce un salto hacia el otro extremo, pues se otorga el mínimo en su integridad sin atender a la cuantía de la parte extranjera de la pensión, quizá porque en el concreto caso examinado por el tribunal «no conste» que perciba pensión extranjera, o no tenga derecho a ella.

A nuestro juicio, debe hacerse una distinción básica entre las pensiones prorrateadas con países de la Unión Europea, y las prorrateadas con países extracomunitarios. Respecto a los primeros, los Reales Decretos de revalorización de pensiones vigentes para el período comprendido entre 1986 y 1990<sup>31</sup> casaban mal con el art. 50 R.1408, a cuya virtud el beneficiario no podrá percibir en el Estado en cuyo territorio resida una pres-

27. Por ejemplo, RD 1584/1988, de 29 de diciembre, art. 12.1: «La revalorización de pensiones que hayan sido reconocidas en virtud de Convenios Internacionales y de las que esté a cargo de la Seguridad Social un tanto por ciento al incremento que, en cada caso, hubiera correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad Social española el 100 por 100 de la citada pensión». Art. 12.2: «El porcentaje a que se refiere el primer párrafo del número anterior se aplicará al complemento por mínimo que, en su caso, corresponda, salvo que en el Convenio cuyas disposiciones se apliquen se disponga de otro modo».

28. Así, el art. 12.3 del RD 1584/88 consideraba rentas de trabajo las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera, «a efectos de lo establecido en los arts. 4 y 5 del presente Real Decreto». Y en el art. 5.2 se indicaba: «Cuando el total anual de tales ingresos (de trabajo o capital) y los correspondientes a la pensión resulte inferior a la suma de 520.000 ptas. más el importe, en cómputo anual, de la cuantía mínima fijada para la clase de pensión de que se trate, se reconocerá un complemento igual a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades en que se devenga la pensión».

29. STSJ, Madrid, 9 de octubre 1991, por ejemplo, al considerar que dicho artículo 5 se refería a pensiones completas y no a las prorrateadas.

30. Para la jurisprudencia aplicadora de la pensión mínima en su integridad, cf., por ejemplo, las SSTSJ, Galicia, de 13 de enero, 6 de abril, 13 de septiembre y 2 de octubre de 1990, y 8 de abril de 1991. En recurso de casación para la unificación de doctrina, la STS de 27 de mayo de 1991 ha considerado aplicable también la prorrata al complemento por mínimos.

31. RRDD 2620/1986, 1593/1987 y 1584/1988.



ración en cuantía inferior a la mínima fijada por su legislación para un período de seguro o de residencia igual al conjunto de los períodos computados para la liquidación prorrateada. En tal caso —añade—, la institución competente del país de residencia habrá de abonarle un complemento igual a la diferencia entre la suma de prestaciones prorrateadas y la cuantía de la prestación mínima. En consecuencia, y a virtud de la prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas nacionales, aquellos Reales Decretos debían haberse interpretado de otra forma en su aplicación a las pensiones comunitarias. No por ello, se insiste, hemos de caer en el otro extremo de reconocer la pensión mínima española con independencia de la pensión extranjera<sup>32</sup>.

En cambio, el aumento percentual de sólo la parte de pensión española podía y debía hacerse cuando la pensión se compartía con un país extracomunitario, pues los Reales Decretos indicados tenían plena vigencia sobre ese ámbito, a menos que el convenio bilateral respectivo estableciera una regla distinta. El criterio legal ha mostrado efectos discutibles en un específico tipo de pensiones, las de jubilación anticipada. A los tribunales llegan bastantes litigios sobre pensiones hispano-suizas, en las que Suiza se niega a otorgar pensión hasta el cumplimiento de los 65 años; al aplicar España el porcentaje de aumento referido, se declaran así cuantías irrisorias, como la citada por la STSJ de Galicia de 28 de setiembre de 1991: 2.691 pesetas de prestación mensual inicial, más 108 pesetas de mejora, más 44 pesetas de complemento para mínimos<sup>33</sup>, o la del mismo tribunal de 8 de abril de 1991: 8.532 pesetas mensuales más 5.582 de complemento por mínimos.

A partir del RD 1670/1990, de 28 de diciembre, asistimos a un cambio plausible en tan delicado tema, permitiendo centrar la cuantía en su justa medida. En línea de principio se declara que los pensionistas residentes en España no pueden percibir una pensión inferior a la mínima legal, ni siquiera cuando la Seguridad Social española fuera sólo parcialmente responsable de la cuantía. El art. 13 del mencionado Real Decreto adiciona una segunda operación a la ya vista de aplicar el porcentaje de la pensión española: si después de ello «la suma de los importes reales de las pensiones, reconocidas tanto en virtud de la legislación española como de la extranjera, fuese inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate vigente en cada momento en España, se le garantizará al beneficiario, en tanto resida en territorio nacional, la diferencia necesaria hasta alcanzar el referido importe mínimo, de acuerdo con las normas gene-

rales establecidas para su concesión». A partir de ahora no bastará con aplicar el porcentaje de aumento anual a la parte española, sino que deberá comprobarse a renglón seguido que con tal operación se ha alcanzado la plataforma mínima sumando el total de pensiones transfronterizas que disfruta el beneficiario, y en caso contrario habrá de reconocérsele además el diferencial oportuno. En esa evolución ha actuado el legislador español bajo la influencia de la legislación comunitaria, aunque yendo más allá de ella. Obsérvese que en el Reglamento 1408 no se establece la comparación con una cuantía mínima absoluta, sino con la cuantía mínima establecida para el período de cotización o residencia que sume el beneficiario; en España los resultados prácticos para la invalidez vienen a ser idénticos, al disponer de una legislación tipo A cuyas prestaciones no dependen del período de cotización, sino del grado de incapacidad que se sufre.

En su particular guerra contra los pensionistas italianos, las instituciones competentes belgas han llegado a reducir el complemento para mínimos que pagan a aquéllos cuando la pensión italiana se revaloriza. La actuación, irreprochable en sí misma, ha planteado el problema de la norma aplicable para calcular el importe de la reducción operable. Es este un tema recidivo, ya estudiado *supra* con el *asunto Bogana* en el epígrafe IV, pero que en los complementos para mínimos alcanza un mayor refinamiento. En el *asunto Levantino*, de 22 de abril de 1993, el TJE entendió del caso de una italiana con pensión de jubilación belga, pensión de jubilación italiana, y complemento para mínimo belga. La institución competente belga había reducido este último con motivo de una revalorización de la pensión italiana, sin aplicar la norma comunitaria del art. 51 R.1408 porque entendía que aportaba un trato de mejor favor al extranjero con referencia al trato dispensado al nacional. Dispone el art. 51 de dos números, el primero de los cuales establece la reducción simple de la propia pensión en la cuantía que aumente la extraña cuando el factor de alteración consistió en la adaptación al coste de la vida o similar en ésta, mientras el segundo número ordena un nuevo cálculo de la propia pensión cuando la alteración sobrevenida consiste en un nuevo procedimiento de cálculo de la extraña. El TJE resuelve la aplicación del número 2 del art. 51 R.1408 a la adaptación del complemento por mínimos, es decir, un nuevo cálculo de la prorrata y no una simple minoración del complemento.

32. Tal era la pretensión de la recurrente en la STSJ, Madrid, de 9 de octubre de 1991, pues percibiendo de la Seguridad Social alemana una pensión mensual de 30.000 ptas. y de la española una de 4.447, más 281 de revalorización, más 1.567 de complemento por mínimos, solicitaba la pensión mínima española de 34.860 ptas., a lo que el TSJ falla en contra.

33. Había cotizado en España 447 días y en Suiza 4.170. No consta que el jubilado hubiera obtenido la otra parte de la pensión en Suiza.

## Capítulo 6

### LA DEFENSA JURÍDICA Y LOS RECURSOS

#### 1. LA EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES COMO SIMPLE VARIANTE GEOGRÁFICA DEL PAGO DE LA PENSIÓN

Al consistir la exportación de prestaciones en una simple modalidad geográfica del pago de la deuda, reviste escasa trascendencia en orden a determinar la legislación aplicable y la jurisdicción competente para entender de las demandas contra las actuaciones de la institución deudora frente a su acreedor, el pensionista: el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial no se aplica a la situación que comentamos por referirse a las materias civil y mercantil, como expresamente indica su art. 1<sup>1</sup>, ni el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>2</sup>, siendo en cambio aplicables las normas UE sobre seguridad social transfronteriza, recogidas en el Reglamento 1408/71: su art.

1. Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, 72/454 CEE, DOCE 31 de diciembre 1972, con entrada en vigor el 1 de febrero de 1973. Rechaza su aplicación a las materias de Seguridad Social, entre otras, STJE, Sala Sexta, de 15 de febrero de 1989.

2. Instrumento 80/934 CEE, de 19 de junio de 1989 (DOCE, 9 de octubre 1980). Sobre la adhesión de nuestro país al Tratado el 18 de mayo de 1992 en Funchal (DOCE, 18 de noviembre 1992), cf. Gaudemet y Tallon, «Signature de la Convention d'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la Convention de Rome du 19 juin 1980»: *Revue Trimestrielle du Droit Européen* 29 (1993), 61 ss. Sobre la situación ratificatoria de los convenios de Bruselas, Roma y Lugano, cf. Tebbens, «Estado de los convenios de Bruselas, Roma y Lugano al 14 de mayo de 1992»: *Revista Española de Derecho Internacional* XLIV (1992), 292 ss. El Convenio de Roma ha sido ratificado por España por instrumento de 7 de mayo de 1993 (BOE, 19 de julio 1993). Sobre dicho Convenio, aplicado a los contratos de trabajo, cf. Casas Baamonde, «Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales»: *Relaciones Laborales* 23 (1993), 1 ss.; Id., «Ley aplicable al contrato de trabajo y principio de autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma»: *Relaciones Laborales* 24 (1993), 1 ss.; Id., «Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma»: *Relaciones Laborales* 1 (1994), 1 ss.

13.2 a, en forma no demasiado distinta de lo establecido en términos generales para los contratos de trabajo, impone la *lex loci executionis* al declarar que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro.

Hay luego en el mismo artículo 13 y hasta el 18 numerosas disposiciones particulares para diversas categorías de trabajadores: autónomos, con empleo paralelo como subordinados y autónomos, para marinos, para personal de embajada, etc., destacando dos reglas de apertura: varios Estados miembros podrán prever excepciones a lo establecido en estos artículos en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas (art. 17), y un pensionista con residencia en país distinto al pagador podrá solicitar la no aplicación de la normativa del primero de ellos si no ejerce en él una actividad profesional (art. 17 bis).

Hay también, más al interior del cuerpo del Reglamento 1408, normas especiales de gran importancia para la invalidez: la institución de un Estado miembro cuya legislación era aplicable en el momento de sobrevenir la incapacidad laboral seguida de invalidez determinará, con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación, si el interesado reúne las condiciones necesarias para tener derecho a dichas prestaciones, reza el art. 39 del Reglamento, modificado por el 1248/92.

## II. EL SISTEMA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA INSTITUCIÓN COMPETENTE

El Reglamento 1408/71 no va más allá de lo antedicho. Pero sus normas de colisión no agotan la panorámica de asistencia al inválido en las situaciones descritas, pues cada país miembro ofrece asimismo una legislación nacional que pasa a primera línea de importancia en materia de recursos administrativos ante la institución competente.

En nuestro país la Ley de Emigración 33/1971, de 21 de julio, ha inspirado algunos convenios bilaterales de seguridad social con los países de mayor tráfico migratorio. Dicha Ley especifica que los emigrantes españoles pueden acogerse a la protección de las representaciones diplomáticas y consulares y a la asistencia especial de los agregados laborales, destacando a nuestros efectos la asistencia jurídica que pueden obtener. Los convenios bilaterales hablaban del mismo aspecto, que ha fructificado en una encomiable función de apoyo en la gestión administrativa y en la tramitación procesal de los asuntos litigiosos. También en la postulación procesal, a veces con letrados del país contratados por la Embajada, otras directamente con los asesores laborales españoles, pese a que por regla general

no poseen la adecuada preparación legal, y mucho menos conocimiento de los entresijos del Ordenamiento donde actuaban<sup>3</sup>. Así, el Convenio de Seguridad Social hispano-alemán de 1977 establecía en su art. 45: «Las Autoridades diplomáticas y consulares de carrera de un Estado contratante podrán representar a los súbditos de su propio Estado frente a las Autoridades, Organismos y Tribunales de la Seguridad Social del otro Estado. Para ello no será necesario presentar poder especial». Ello ha permitido, y sigue aún permitiendo actualmente, que el personal consular defienda en reclamaciones administrativas ante la institución competente, y en juicio ante los tribunales sociales alemanes, a muchos pensionistas retornados, normalmente con buen criterio.

La atención jurídica al emigrante no tiene carácter reglado, en el sentido de que debe cumplimentarse siempre que lo solicite el pensionista, sino discrecional. Acabamos de ver la expresión *podrán representar* del convenio hispano-alemán, y en la Ley de Emigración también se otorga la asistencia «según los casos y circunstancias que concurran» (art. 25 *in primis*). Muchos pensionistas, faltos de recursos o abrumados por un idioma y una legislación mal conocidos, se confían a la gestión de las embajadas españolas en lugar de acudir a la vía más común de defensa, el sindicato local. En este sentido, el carácter discrecional de los servicios no obsta a que, una vez asumidos, deban cumplirse con el celo necesario. En los casos de culpa y negligencia graves en la tramitación y defensa de los litigios, habrá de aplicarse la responsabilidad contemplada en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, art. 145: resarcimiento de daños y perjuicios irrogados por culpa o negligencia graves de las autoridades y funcionarios civiles en el ejercicio de sus cargos.

El problema debe haber adquirido mientras tanto una cierta entidad, pues la Orden de 15 de enero de 1988 estableció una ayuda económica a los emigrantes retornados para «gastos de asistencia jurídica en procedimientos socio-laborales [...] en circunstancias de las que pudiese derivarse insuficiente defensa de los derechos o intereses»<sup>4</sup>. Ayuda para asistencia jurídica que se renueva en la Orden de 9 de enero de 1991, esta vez ampliada a todo emigrante y aumentada sustancialmente en sus cuantías<sup>5</sup>. Por desgracia, ni esas ayudas alcanzan a todos, ni la red de oficinas consulares continúa siendo la misma, afectada por un gran recorte que ha obligado a cerrar numerosas sedes. La simultánea dismi-

3. Algunos detentan la titulación de graduado social, pero no siempre. Las Asociaciones de Emigrantes Retornados han manifestado repetidamente sus quejas por casos puntuales de desidia o error en la actuación de los asesores laborales.

4. La cuantía de la ayuda queda fijada en un máximo de 40.000 ptas. por el art. 10 de la Orden, debiendo solicitarse en la Dirección Provincial del MTSS, o en la agregaduría laboral de la Embajada española correspondiente.

5. Hasta 2.000.000 ptas.: art. 15 de la Orden.

nución de trabajadores migrantes en los países más desarrollados no puede servir de justificación, pues el retorno masivo de los mismos a España ha agudizado los problemas de representación y defensa consular a que aludimos. En el entretanto, las Oficinas Laborales de las embajadas han quedado reestructuradas en las flamantes Secciones de Asuntos Laborales y de Seguridad Social por el Real Decreto 426/1993, de 26 de marzo, con dependencia orgánica del Ministerio de Asuntos Exteriores y dependencia funcional del de Trabajo y Seguridad Social. Sus dos primeros cometidos, conforme al art. 2 del Real Decreto, consisten en informar y asesorar en materia laboral y de seguridad social, y en tramitar las prestaciones del sistema de la seguridad social.

Un aspecto aparentemente inofensivo de las resoluciones administrativas que reconocen o revisan prestaciones, sobre el cual nos permitimos llamar la atención, estriba en la ausencia de motivación jurídica y médica: las resoluciones de algunos países se presentan muy escuetas, notificando al inválido la decisión adoptada y el pie de recurso, sin especificar las razones por las que se actúa en la dirección seguida. Sin duda que el pensionista va a poder acceder a la documentación completa en el curso del litigio entablado, pero para ello debe recurrir por la vía administrativa y/o demandar por la judicial. Podemos plantearnos si la institución competente del país de residencia tiene competencia para solicitar la información a la institución deudora, y si el pensionista podrá visarla en el lugar y momento que se establezca. A nuestro juicio, hay base jurídica para establecer una vía semejante en el deber de cooperación establecido por el art. 84 R. 1408/1971: si bien el número 1 impone a las autoridades competentes de los Estados miembros la obligación de comunicarse todas las medidas adoptadas para la aplicación del Reglamento, con referencia a las normas y procedimientos implantados, y por ende con poco que ver con la información de los casos personales, el número 2 del mismo precepto añade que para la aplicación del Reglamento las autoridades y las instituciones competentes prestarán el apoyo de sus buenos oficios, «como si se tratara de aplicar sus propias legislaciones». Por cuanto las prestaciones de invalidez forman parte principal del Reglamento, ha de considerarse incluida en los buenos oficios recíprocos la información que comentamos.

Admitido lo anterior, un nuevo escollo surge a la hora de dar vista al interesado de la documentación obrante. El número 5 del art. 84 ordena que los datos de carácter personal comunicados a las autoridades o instituciones de otro Estado se atenderán a las disposiciones de la legislación sobre protección de datos del Estado miembro que los transmita. De ahí puede provenir la reluctancia de las instituciones competentes españolas a permitir el acceso a esos datos, constatada repetidamente. Sin embargo, ni la española Ley Orgánica 1/1982, sobre Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ni ninguna Ley similar en las legislaciones de los demás Estados miembros, impide la trans-

misión de datos íntimos a sus propios titulares o representante en quien deleguen<sup>6</sup>. Si el pensionista desea conocer cuál sea el estado de su situación física o el grado de incapacidad que le asigna la institución competente, entendemos que la personalidad del dato es de titularidad del pensionista, no de la institución competente, y que por ende dicho pensionista no queda afectado por la tacha de intromisión al pretender la información de los datos sobre su persona poseídos por los servicios aseguratorios correspondientes.

### III. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Tribunales competentes serán los de esa institución que va a pagar las prestaciones, aunque las satisfaga a través de la institución del país de residencia o de estancia del inválido. En puridad se trata de asignar competencias a la jurisdicción y a la legislación del lugar donde se produce el hecho causante, y bajo tal enfoque adquiere perfiles conocidos: equivale al principio de *lex loci executionis*. No obstante, hemos visto ya cómo la situación normal consiste en que varios países asumen el pago de una pensión en la parte prorrateada que les corresponde a cada uno, de donde la satisfacción de un derecho litigioso para el pensionista transfronteriza puede convertirse en una cuestión de mucho tiempo y dinero, arrastrándose ante uno o varios tribunales de distintos países. ¿Dispone la normativa comunitaria de alguna norma de coordinación y simplificación del contencioso social?

No existe en la Unión Europea un tribunal competente para enjuiciar los supuestos aseguratorios transfronterizos, sino sólo algunas reglas de cooperación y coordinación entre las jurisdiccionales nacionales implicadas en cada caso: para evitar gastos enormes del pensionista en la preparación y adecuación del pleito, se permite presentar la demanda ante los tribunales competentes del país de residencia o de estancia, en su propio idioma, los cuales lo remitirán al tribunal del país deudor a la mayor brevedad. Como dice el art. 86 R. 1408, las peticiones, declaraciones o recursos que, según la legislación de un Estado miembro, deban ser presentados dentro de un plazo determinado ante una autoridad, una institución o una jurisdicción de dicho Estado, serán admitidos siempre que sean presentados, dentro del mismo plazo, ante la autoridad, la institución o la jurisdicción correspondiente de cualquier otro Estado miembro. En tal caso, continúa, la autoridad, la institución o la jurisdicción que lo haya recibido trasladará sin demora las peticiones, declaraciones o recursos a la autoridad, a la institución o a la jurisdicción competente del primer Estado, bien

6. Más aún, el art. 2.2 de la LO 1/1982 sólo considera la intromisión ilegítima de manera derivada, no automática, por cuanto no se apreciará cuando la Ley lo autorice o el titular del derecho haya otorgado al efecto su consentimiento expreso.

directamente, bien a través de las autoridades competentes de los Estados miembros afectados. Por su parte, el art. 84.4 del mismo Reglamento indica que las autoridades, las instituciones y los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no podrán rechazar las peticiones u otros documentos que les sean dirigidos, por el hecho de que estén redactados en el idioma oficial de otro Estado miembro: recurrirán si fuera necesario a la Comisión Administrativa sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes para que disponga la traducción de tales documentos.

Sin embargo, la personación mediante procurador y la postulación por abogado ante los tribunales del país deudor no pueden sustituirse por medidas alternativas ante los tribunales del país de residencia. Desde el punto y hora en que la legislación aplicable continúa siendo la nacional del país deudor, ningún tribunal distinto a los de ese país puede conocer del asunto. Por tanto, el pensionista podrá acudir a un abogado español para preparar la demanda, pero deberá designar más adelante a un letrado del país deudor, con conocimiento de las normas sustantivas y procesales nacionales, para la postulación en juicio. El tema presenta algunas matizaciones, sin embargo, que vamos a examinar de inmediato.

La deseable exportación de defensa jurídica sólo comenzaría a hacerse factible cuando se unificaran los procedimientos, cuestión que podría dejar a salvo las peculiaridades materiales de la Seguridad Social de cada país, y que podría solventarse de igual forma que se respondió siempre a la emergencia de nuevas ramas del Derecho en la Historia: creando tribunales especiales conocedores de una legislación especial. Un embrión de la alternativa que proponemos se da ya en los países de fuerte contenido migratorio, por ejemplo Alemania, donde se adscribe a un concreto tribunal del país la solución de las demandas aseguratorias procedentes de residentes en un país tercero y con independencia del lugar del Estado donde hayan trabajado los solicitantes, aunque todavía aplicando la legislación del propio país: el tribunal termina conociendo las peculiaridades del país que tiene asignado lo cual facilita la resolución de los casos. El siguiente paso consistiría, como decíamos, en que todos los tribunales se ajustaran al mismo procedimiento (comunitario) en materia de Seguridad Social, lo que no sería excesivamente complicado, pudiendo servir el establecido para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>7</sup>, admitiendo el uso de cualquier idioma comunitario, lo que de hecho se efectúa ya en las instituciones competentes y en los tribunales sociales de los principales países receptores de emigrantes<sup>8</sup>. Y si se alcanzara el procedimiento comunitario,

7. Reglamento de procedimiento del Tribunal de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1991, DOCE 4 de junio de 1991.

8. Al menos, que sepamos, en Alemania y Holanda. El uso de intérpretes eleva considerablemente los gastos para los organismos correspondientes, pero ni cabe eludirlo ni cabe imputarlo al trabajador o pensionista en los litigios de la Seguridad Social.

¿por qué no pensar en sustanciar la fase probatoria —o inclusive la fase de alegaciones— del procedimiento ante los tribunales del país de residencia? La sentencia emanaría del tribunal competente conforme a las normas ya vistas del Reglamento 1408, pues habría de aplicarse la legislación sustantiva que sólo ese tribunal conoce, pero salvo esa última fase no vemos inconveniente en aplicar la coordinación judicial en lo demás. En tal sentido conviene recordar que el Convenio de Roma sobre competencia judicial considera como un fuero especial el de los tribunales de país distinto al de su residencia<sup>9</sup>; y que en materia contractual esa competencia *anómala* recae en el juez del lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación (art. 5). Pues bien, la obligación de pago de pensiones aseguratorias, por ejemplo, es exportable al país de residencia del pensionista, según el art. 51 del Tratado constitutivo, y si extrapoláramos lo establecido en el Convenio de Roma a este caso —lo que jurídicamente no es posible en el caso de una relación obligatoria de Seguridad Social, pero cabría discutirlo en el supuesto de seguros facultativos o voluntarios—, el tribunal competente sería el de residencia del pensionista.

Todo ello carece aún de la madurez necesaria para fijar alguna fecha o incluso determinar alguna fase de aplicación, y levanta los naturales celos en las instituciones responsables y en los países de acogida. La Comisión Europea ha comenzado a discutir el problema de la coordinación judicial, pues una de las *patas* del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 es justamente el de la cooperación en el ámbito de la justicia «para realizar los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas» (art. K), pudiendo adoptar acciones comunes y celebrar convenios encaminados a ese fin (art. K.3.2). La implosión de los emigrantes, retornados a sus países de origen con prestaciones de jubilación, de invalidez, de desempleo o con indemnizaciones de despido de los países de acogida, ha llevado a arbitrar en años recientes soluciones imaginativas y costosas a los tribunales del bloque de países deudores<sup>10</sup>.

9. Art. 3: «Las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado en virtud de las reglas enunciadas en las secciones 2 a 6 del presente Título».

10. Recuérdese, por ejemplo, la frecuente petición de informes médicos sobre un pensionista que reside en otro país comunitario, que los jueces alemanes envían a las embajadas de su país en el de residencia, y éstas hacen llegar a médicos del de residencia para que efectúen el reconocimiento conforme al cuestionario alemán y lo devuelvan al tribunal peticionario, vía embajada alemana.

## PROPUESTAS DE REFORMA

I. El modelo de formulario E-213 sobre reconocimiento médico al inválido debería cambiar, y suprimirse el E-214, quizá por refundición de ambos. Debería realizarse un esfuerzo para homogeneizar los informes «nacionales» en la dirección de los modelos comunitarios.

II. El tipo A de legislación debería suprimirse, pues afecta a solo cinco países de la Unión Europea y provoca distorsiones y confusiones plenamente evitables.

III. El Anexo IV del Reglamento 1408/1971 debería perfeccionarse, caso de que se mantenga la distinción entre países de legislación A y B, al objeto de determinar con claridad qué países se encuentran en una o en otra situación. En todo caso la adscripción al tipo A debería restringirse en lo posible, invitando a abandonarla a los pocos países que lo integran.

IV. Debería permitirse en España la compatibilidad con trabajo remunerado en la pensión de vejez, total o parcialmente, al igual que en los otros once países comunitarios, pues no existe constancia de que el trabajo de los ancianos perjudique el mercado de empleo.

V. La instrucción de la prueba en los procesos aseguratorios podría unificarse en todos los países y desnacionalizarse, de manera que pudiera efectuarse ante los tribunales del país de residencia del pensionista.

VI. El concepto de incapacidad debería unificarse en la Unión Europea en torno al 50 por 100 o al 66,66 por 100, que son los baremos más comunes en los países miembros. Alternativamente, España podría adaptarse a la incapacidad del 50 por 100 en la profesión habitual, porcentaje más acorde con el establecido en países de acogida de nuestros emigrantes.

VII. La Incapacidad Permanente Total cualificada para mayores de 55 años debería considerarse como absoluta para evitar perjuicios a los pensionistas españoles frente a las legislaciones de otros países.

VIII. Las interferencias de los entes locales en la certificación de períodos de residencia y en la tramitación de solicitudes no debería ser causa de perjuicios para los pensionistas extranjeros.

IX. El Anexo V del Reglamento 1408/1971 debería ultimarse mediante la integración en él de todos los países, de modo que pudiera clarificarse con exactitud las equivalencias entre unos y otros a efectos de grados de invalidez.

X. Las situación de alta al ocurrir el hecho causante debería tener en cuenta el art. 45 R.1408, reconociendo la existente en otros países comunitarios, con prevalencia en los casos contemplados por ella sobre los requisitos de alta o de quince años de cotización del art. 1, Ley 26/85. Para ello sería necesario que España retirara la letra e del Anexo VI.4 del Reglamento 1408.

XI. En materia de accidentes de trabajo ocurridos en otro país comunitario deberían unificarse los criterios y aceptarse la posibilidad de dos pensiones, una nacional y otra prorrateada, al menos en países con legislación B, como es Alemania.

XII. Debería revisarse con atención la normativa alemana sobre accidentes de trabajo contenida en el Código Social, libro VI, para aquilatar debidamente las equivalencias que impiden el percibo de pensión íntegra.

XIII. La actividad de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes debería reforzarse, especialmente en la proposición de reformas a la Comisión de las Comunidades Europeas e incluso en la asunción de delegaciones para la reforma que pudiera remitir el Consejo de Ministros.

XIV. Es conveniente crear un núcleo de expertos en Seguridad Social comunitaria mediante cursos y cursillos impartidos por personal experto y con matrícula abierta a todo el que lo desee, ante el progresivo aumento de problemas surgidos en esta área desconocida del Derecho.

XV. Deberían uniformarse los procedimientos y formularios de solicitud de pensiones, totalización y prorrateo, en los convenios bilaterales, siguiendo el *standard* comunitario.

XVI. El INSS debería facilitar el tratamiento comunitario de procesos patológicos, *ex* artículos 22.1 c y 22.2 del Reglamento 1408/71, en los casos en que, iniciado un tratamiento por sus servicios, constata su inadecuación a la patología de que se trata.

XVII. Debería tomarse para el cálculo de la pensión la base reguladora cumplida en el último país comunitario donde se trabajó, y no la de los años cumplidos en el país deudor, pues las revalorizaciones que se aplican actualmente no bastan para evitar la distancia cuantitativa de pensiones calculadas sobre bases de tiempos muy anteriores.

XVIII. Debería descentralizarse la competencia sobre reconocimientos médicos en las Comunidades Autónomas con competencias transferidas.

XIX. En países tipo A debería abonarse la diferencia de pensión por el país exonerado por tener períodos de residencia inferiores a un año, por analogía con cuanto se hace para huérfanos en países de residencia con pensión inferior, como postula el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

XX. La base reguladora para el cálculo de las pensiones de vejez e invalidez debería modificarse en España al objeto de evitar las discriminaciones subyacentes, en el sentido de fijarse anualmente unas bases o cuantías a tanto alzado, como se dispone en otros países.

XXI. Cabe una doble vía para la promulgación de Reglamentos en materia de Seguridad Social, la de mayoría cualificada del art. 6 (antes 7) y la de unanimidad del art. 51, y su razonable combinación puede facilitar hasta cierto punto la obtención de un texto nítido para los Reglamentos comunitarios en la materia, por lo cual debería apoyarse por los Estados miembros que deseen evitar conflictos innecesarios y gastos y lentitud burocrática sobreañadida.

XXII. Los once prolijos Anexos del Reglamento de aplicación 574/72, ocasionados por el art. 4 del mismo, podrían simplificarse grandemente, en una modificación que por no afectar a los niveles aseguratorios podría adoptarse por mayoría del Consejo, o por su delegación, en la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes.

## CASOS CITADOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

- Bakker c. Rijksdienst voor Werknemerspensioenen* 115/87, de 20 de abril de 1988 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1989], pp. 46 ss.)
- Barber c. Guardian Royal Exchange Group* 262/88, de 17 de mayo de 1990 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1991], pp. 61 ss.)
- Bentzinger c. Steinbruchs-Berufsgenossenschaft* 73/1972, de 1 marzo 1973 (Recopilación de disposiciones, p. 237).
- Bertholet c. Caisse Commune d'assurance «La Prévoyance sociale»* 31/64, de 11 de marzo de 1965 (MTSS, Política Social de la Comunidad Europea 3/I, pp. 127 ss.; Recopilación de disposiciones, p. 228).
- Bianchin c. Office National des Pensions* 109/89, de 5 de abril de 1990 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1991], pp. 57-58).
- Bogana c. Union Nationale des Mutualités Socialistes C-193/92*, de 18 de febrero de 1993 (Actualidad Laboral 3 [1993], § 930).
- Borella c. Landesversicherungsanstalt Schwaben* 49/75, de 20 de noviembre de 1975 (Recopilación de disposiciones, p. 334).
- Borowitz c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* 21/87, de 5 de julio de 1988 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1989], pp. 64 ss.)
- Buhari c. INASTI*, de 14 de noviembre de 1990 (Actualidad Laboral 23 [1991], § 557).
- Cabras c. Institut National d'Assurance Maladie-Invalidité* 199/88, de 21 de marzo de 1990 (Relaciones Laborales II [1991], pp. 1126-1127).
- Cassamali c. ONP* 93/90, de 23 de marzo de 1991 (Actualidad Laboral 36 [1991], § 865; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 55).
- CFL, Caisse de maladie «Entraide médicale», c. Compagnie belge d'assurances générales sur la vie et contre les accidents* 27/69, de 12 de noviembre de 1969 (MTSS, Política Social de la Comunidad Europea 3/I, pp. 403 ss.; Recopilación de disposiciones, p. 232).
- Ciechelski c. Caisse régionale de sécurité sociale du Centre* 1/67, de 5 julio 1967 (Recopilación de disposiciones, p. 229; MTSS, Política Social de la Comunidad Europea, 3/I, pp. 217 ss.).



- Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo*, de 10 de marzo de 1993 (Actualidad Laboral 3 [1993], § 1399).
- Comisión c. Reino de Bélgica* C-326/90, de 10 de noviembre de 1992 (Relaciones Laborales 2 [1993], p. 69).
- Comisión c. Reino de los Países Bajos* 198/90, de 28 de noviembre de 1991 (Actualidad Laboral 11 [1992], § 312; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 111).
- Comisión c. República Francesa* 236/88, de 12 de julio de 1990 (Actualidad Laboral, § 36, 1991).
- Comisión c. República Francesa* 307/89, de 11 de junio de 1991 (Actualidad Laboral, § 67, 1992; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 72).
- Comisión c. República Francesa*, C-57/90, de 16 de enero de 1992 (Relaciones Laborales 2 [1993], p. 25).
- D'Amico c. Office National des pensions pour travailleurs salariés* 4/80, sentencia de 15 de octubre de 1980 (Rec. 1980, pp. 2951 ss.).
- Daalmeijer c. SVB*, de 21 de febrero de 1991 245/88 (Actualidad Laboral 23 [1991], § 580; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 45).
- Dammer c. Asbl Securez, Caisse de Allocations Familiales et Office National de Allocations Familiales pour Travailleurs Salariés* 168/88, de 14 de diciembre de 1989 (Relaciones Laborales I [1990], pp. 1064 ss.).
- De Moor c. Caisse de Pensions des employés privés* 2/67, de 5 julio 1967 (Recopilación de disposiciones, p. 230; MTSS, Política Social de la Comunidad Europea, 3/I, pp. 231 ss.).
- De Witt c. Bestuur van der Sociale Verzekeringsbank*, de 30 de marzo de 1993 (Actualidad Laboral 3 [1993], § 1431; Actividades del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 11 [1993], pp. 7-8).
- Di Crescenzo c. ONP*, asuntos acumulados C-90/91 y C-91/91, de 11 de junio de 1992 (Actualidad Laboral 42 [1992], § 1278; Relaciones Laborales 2 [1993], pp. 60-61).
- Di Felice c. Institut National des Assurances Sociales pour Travailleurs Indépendants* 128/88, de 18 de abril de 1989 (Relaciones Laborales I [1990], pp. 1024 ss.).
- Durighello c. INPS* 186/90, de 28 de noviembre de 1991 (Actualidad Laboral 15 [1992], § 417; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 109).
- Emmot c. Minister for Social Welfare* 208/90, de 25 de julio de 1991 (Actualidad Laboral 4 [1992], § 100; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 89).
- Faux c. Caisse Auxiliaire d'Assurance Maladie-Invalidité* 302/90, de 15 de octubre de 1991 (Actualidad Laboral 12 [1992], § 346; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 98).
- Francovich y otros c. República Italiana*, asuntos acumulados 6/90 y 9/90, de 19 de noviembre de 1991 (Relaciones Laborales 2 [1992], p. 102).
- Hartmann Troiani c. Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz* 368/87, de 18 de mayo de 1989 (Relaciones Laborales I [1990], pp. 1032 ss.).
- Humbert c. Société Six Constructions Ltd.* 32/88, de 15 de febrero de 1989 (Relaciones Laborales II [1990], pp. 1014-1016).
- Lepore c. Nicolantino Scamuffa*, de 9 de diciembre de 1993 (Actualidad Laboral 26 [1994], § 849).

- Levantino c. ONP*, de 22 de abril de 1993 (Actualidad Laboral 3 [1993], § 1462; Actividades del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 12/93, pp. 11 y 12).
- Malfitano c. INAMI* 76/82, de 9 de diciembre de 1982 (Recopilación de disposiciones, p. 334).
- Martínez Vidal c. GMD* 344/89, de 27 de junio de 1991 (Actualidad Laboral 47 [1991], § 1176; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 75).
- Masgio c. BKS* 10/90, de 7 de marzo de 1991 (Actualidad Laboral 39 [1991], § 946).
- McMenamin c. Adjudication Officer* C-119/91, de 9 de diciembre de 1992 (Relaciones Laborales 2 [1993], p. 74).
- Moroni c. Collo GmbH* C-110/91, de 14 de diciembre de 1993 (Actualidad Laboral 23 [1994], § 849).
- Mura c. Fonds National de Retraite des Ouvriers Mineurs (FNROM)* 236/78, de 16 de mayo de 1979 (Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, p. 255).
- Naselli c. Caisse Auxiliaire d'Assurance Maladie-Invalidité* 83/77, de 14 de marzo de 1978 (Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, p. 250).
- Noij c. SSF* 140/88, de 21 de febrero de 1991 (Actualidad Laboral 27 [1991], § 654; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 44).
- Paletta c. Brennet* C-45/90, de 3 de junio de 1992 (Actualidad Laboral 43 [1992], § 1281).
- Paraschi c. Landesversicherungsanstalt Württemberg* 349/89, de 4 octubre 1991. (Actualidad Laboral 12 [1992], § 344).
- Pian c. Office National des Pensions* 108/89, de 5 de abril de 1990 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1991], pp. 56-57 ss.).
- Pierik c. Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds* 117/77, de 16 de marzo de 1978 (Recopilación de disposiciones comunitarias, p. 251).
- Ravida c. Office National des Pensions* 85/89, de 21 de marzo de 1990 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1991], pp. 49-51).
- Rijksdienst voor Pensioenen c. E. Spits* 342/88, de 6 de junio de 1990 (Relaciones Laborales, p. 1147, vol. I [1990]).
- Rindone c. Allgemeine Ortskrankenkasse Bad Urach-Münsingen* 22/86, de 12 de marzo de 1987 (Actividades del Tribunal, 6/87).
- Romano c. Office National des Pensions pour Travailleurs Salariés (ONPTS)* 58/84, de 4 de junio de 1985 (Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, p. 269).
- Rönfeldt c. BYA* 22/89, de 7 de febrero de 1991 (Actualidad Laboral 26 [1991], § 629; Relaciones Laborales 2 [1992], p. 42).
- Rossi c. Caisse de compensation pour allocatins familiales de les regions de Charleroi et Namur* 100/78, de 6 de marzo de 1979 (Recopilación de disposiciones, p. 253).
- Roviello c. Landesversicherungsanstalt Schwaben* 20/85, de 7 de junio de 1988 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1989], pp. 51-53).
- Ruzius-Wilbrink c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten* 102/88, de 13 de diciembre de 1989 (Relaciones Laborales I [1990], pp. 1062 ss.).

- Ruzzu c. *Office National des Pensions pour Travailleurs Salariés* (ONPTS) 117/84, de 4 de junio de 1985 (Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, p. 270).
- Sinatra c. *Fonds National de Retraite des Ouvriers Mineurs* 296/84, de 13 de marzo de 1986 (Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, p. 272).
- Singer c. *Hessische Knappschaft* 44/65, de 9 diciembre 1965 (Recopilación de disposiciones, p. 229 = MTSS, *Política Social de la Comunidad Europea*, 3/1, pp. 167 ss.).
- Spits c. *Rijksdienst voor Pensioenen* 342/88, de 6 de junio de 1990 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1991], pp. 66-67).
- Thomas y otros c. *Secretary of State for Social Security*, de 30 de marzo de 1993 (Actualidad Laboral 3 [1993], § 1432; Actividades del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 11/93, 9 ss.).
- Unger c. *Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten* 75/63, de 19 de marzo de 1964 (MTSS, *Política Social de la Comunidad Europea* 3/1, pp. 65 ss. = Recopilación de disposiciones, p. 227).
- Valentini c. *ASSEDIC de Lyon* 171/82, de 5 de julio de 1983 (Recopilación de Disposiciones Comunitarias, p. 265).
- Van Dijk c. *Betriebskrankenkasse der Hoesper Torfwerke* 33/64, de 11 de marzo de 1965 (MTSS, *Política Social de la Comunidad Europea* 3/1, pp. 143 ss. = Recopilación de disposiciones, p. 228).
- Van Noorden c. *Association pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce de l'Ardeche et de la Drôme* (ASSEDIC) 272/90, de 16 de mayo de 1991 (Relaciones Laborales 2 [1992], p. 65).
- Vella c. *Alliance Nationale des Mutualités Chrétiennes* 324/88, de 7 de febrero de 1990 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1991], pp. 42-43).
- Vermaut c. *ONPTS* 55/81, de 18 de febrero de 1982 (Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, pp. 334-335).
- Viva c. *Fonds National de Retraite des Ouvriers Mineurs* 83/87, de 4 de mayo de 1988 (Relaciones Laborales, número monográfico 2 [1989], pp. 49-50).
- Wagner Miret c. *Fondo de Garantía Salarial* 334/92, de 16 de diciembre de 1993 (Relaciones Laborales 1 [1994], p. 32).
- Walder c. *Bestuur der Sociale Verzekeringsbank* 82/1972, de 7 de junio de 1973 (Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, p. 237).
- Winter-Lutzins c. *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* 293/88, sentencia de 2 de mayo de 1990 (Relaciones Laborales I [1990], p. 1138).
- Yáñez Campoy c. *Bundesanstalt für Arbeit* C-99/89, de 13 de noviembre de 1990 (Actualidad Laboral 18 [1990], § 431; Relaciones Laborales II [1991], p. 1168).

## BIBLIOGRAFÍA

- Almansa Bernal, «Consideraciones sobre los Reglamentos 1408/71 y 574/72 de las CE en materia de Seguridad Social», en Martín Valverde y Rodríguez-Sañudo (coords.), *V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1987.
- Bauer, K., Hannemann, K. y Kinzel, D., *EWG-Rentenversicherung*, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Berlín, <sup>12</sup>1986.
- Bley, H., *Sozialrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt, <sup>6</sup>1988.
- Cebrián Badía, «Campo de aplicación de la Seguridad Social en el ordenamiento comunitario. Pensiones y otras prestaciones», en Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Derecho Social Comunitario*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, 101 ss.
- Cebrián Badía, «El Convenio Hispano-Alemán de Seguridad Social de 1973»: *Actualidad Laboral* I (1985), § 466.
- Cebrián Badía, «El Derecho Comunitario y los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social»: *Actualidad Laboral* I (1988), § 23.
- Cinelli, M., *Diritto della Previdenza Sociale*, Giuffrè, Milán, 1991.
- Clesse, J. y Neuprez, V., *Le Droit Social en Belgique*, Lamy, París, 1992.
- Clever, P., «Evaluation de la Jurisprudence de la Cour de Justice Européenne en matière sociale»: *Bulletin de Liaison et d'Information* (París), 1-2 (1993), número especial sobre jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, multicopiado, pp. 11 ss.
- Comisión Europea, *Social Protection in Europe*, Luxemburgo, 1993.
- Comisión Europea, *Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social*, Luxemburgo, <sup>3</sup>1988.
- Consejería Laboral de la Embajada de España en Holanda, *La legislación social en los Países Bajos*, multicopiada, sin lugar ni fecha.
- Consejo General del Poder Judicial, *Derecho Social Comunitario*, Madrid, 1992.
- D'Herbais, P.-G., *Memento des Retraites. Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et des fonctionnaires dans la CEE*, Comité Européen de Réflexion sur les Retraites, París, 1990.

- Durand, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, París, 1953 (v. e. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1991).
- FEC (Formation Education Culture), *La Sécurité Sociale*, Bruselas, 1991.
- Fernandez de la Mata, «Cálculo de la base reguladora de las prestaciones de vejez en España, cuando sea preciso totalizar períodos cotizados en dos o más países comunitarios. Sistema previo y posterior a la integración de España en la CEE», en Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Social Comunitario*, Madrid, 1992, 381 ss.
- Ferreras Alonso, «Panorámica de los sistemas de Seguridad Social en los países comunitarios»: *Relaciones Laborales I* (1993), 1105 ss.
- Gitter, W., *Sozialrecht*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1992.
- ISG (Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik GmbH) y MISSOC (Mutual Information System on Social Protection in the Community), *Social Protection in the Member States of the Community. Situation on July 1st 1992 and Evolution*, Commission of the European Communities, Directorate-General Employment, Industrial Relations and Social Affairs, Bruselas, 1993.
- González, G., «El Reglamento 1408/71. Principios de ordenación: *Noticias CEE* 36 (1968), 11 ss.
- Iglesias Cabero, M., «La cuestión prejudicial y la técnica de su planteamiento», en Consejo General del Poder Judicial, *Derecho Social Comunitario*, Madrid, 1992, 301 ss.
- Le Grand, J., «La convergencia de la salud y las políticas de la asistencia sanitaria en la Comunidad», en MTSS, *Convergencia de políticas sociales*, Madrid, 1993, 199 ss.
- Leones Salido, J. M., «Incompatibilidad entre pensiones de la Seguridad Social: derecho de opción»: *Actualidad Laboral* 7 (1993), § VIII.
- MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), *Descentralización de la gestión de expedientes de pensionistas tramitados al amparo de los Reglamentos comunitarios 1408 y 574*, Madrid, 1990.
- MTSS, *Política Social de la Comunidad Europea*, vol. 3, *Jurisprudencia Social* 1964-1972, tomo I, Madrid, 1992.
- Moreau, Staelens y Trudeau, «Nouveaux espaces économiques et distorsions sociales (ALENA/CEE/EEE)»: *Droit Social* 7/8 (1993), 686 ss.
- Munnell, A. H., *Aspectos económicos de los planes privados de pensiones*, Washington, 1982 (v. e. MTSS, Madrid, 1987).
- Netter, F., «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes»: *Revista Iberoamericana de Seguridad Social* 6 (1963), 1549 ss.
- OIT, *Social Security for Migrant Workers*, Ginebra, 1977.
- Panayotopoulos, *La Sécurité Sociale des travailleurs migrants*, Ginebra, 1973.
- Piccininno, «L'armonizzazione sul piano comunitario dei sistemi di sicurezza sociale»: *Il Diritto del Lavoro I* (1993), 129 ss.
- Pessi, *Il sistema previdenziale europeo*, Padua, 1993.
- Pieters, D. et alii, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la CEE*, Civitas, Madrid, 1992.
- Pieters, D., «Los sistemas no contributivos en Europa», en Varios, *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, 63-81.

- Pieters, D., «Consecuencias del mercado único europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿vamos hacia una armonización con vistas a 1993?», en Varios, *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992, 258 ss.
- Rocella y Treu, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padua, 1992.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, MTSS, Madrid 1982.
- Rojas Castro, M., *Derecho Comunitario Social. Guía de trabajadores migrantes*, publicación mult copiada de la Consejería Laboral de la Embajada española en Alemania, Bonn, 1991.
- Rojas Castro, M., *Derecho Comunitario Social. Posturas respecto al Tribunal Comunitario*, texto mult copiado, Bonn, 1993.
- Servais, «La cláusula social en los tratados de comercio: ¿Pretensión ilusoria o instrumento de progreso social?»: *Revista Internacional de Trabajo* 108-3 (1989), 289 ss.
- Schulte, B., «Convergencia de las políticas de protección social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas en base a objetivos establecidos en común. Portección de la vejez», en MTSS, *Convergencia de políticas sociales*, Madrid, 1993, 233 ss.
- Schulte, B., «Sobre la vejez y los jubilados», en Varios, *Convergencia de políticas sociales*, Madrid, 1993, 233 ss.
- Schulte, B., «La financiación de los sistemas de protección social en la Europa comunitaria», en Varios, *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992.
- Tantaroudas, *La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE*, París, 1976.
- VDR (Verband deutscher Rentenversicherungsträger), *Rentenversicherung im internationalen Vergleich. Die allgemeinen Alterssicherungssysteme in neun ausgewählten Staaten*, Alfred Metzner, Neuwied/Francfort, 1989.
- Van Raepenbusch, S., *La Sécurité Sociale des personnes qui circulent à l'intérieur de la Communauté Économique Européenne*, Story-Scientia, Bruselas, 1991.
- Varios, *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.
- Varios, *Convergencia de políticas sociales*, MTSS, Madrid, 1993.
- Varios, *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992.
- Zabalo Escudero, «Los convenios de la Comunidad Económica Europea sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el contrato de trabajo»: *Revista de las Instituciones Europeas* 2-X (1983), 529 ss.

LISTA COMPLETA DE FORMULARIOS  
EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA

- E 001 — Solicitud o Comunicación de información, solicitud de formularios, reiteración relativa a un trabajador asalariado, un trabajador no asalariado, un fronterizo, un pensionista, un desempleado, un derechohabiente.
- E 101 — Certificación relativa a la legislación aplicable.
- E 102 — Prórroga de desplazamiento o de actividad no asalariada.
- E 103 — Ejercicio del derecho de opción.
- E 104 — Certificación relativa a la totalización de períodos de seguro, de empleo o de residencia.
- E 105 — Certificación relativa a los miembros de la familia del trabajador asalariado o no asalariado que hay que tomar en consideración para el cálculo de las prestaciones económicas en caso de incapacidad para el trabajo.
- E 106 — Certificación de derecho a las prestaciones en especie del seguro de enfermedad-maternidad en el caso de personas que residen en un país que no es el competente.
- E 107 — Solicitud de certificación de derecho a prestaciones en especie.
- E 108 — Certificación de suspensión o de supresión del derecho a las prestaciones en especie del seguro de enfermedad-maternidad.
- E 109 — Certificación para la inscripción de los miembros de la familia del trabajador asalariado o no asalariado y la elaboración de los inventarios.
- E 110 — Certificación relativa a los trabajadores asalariados de los transportes internacionales.
- E 111 — Certificación de derecho a prestaciones en especie durante la estancia en un Estado miembro.
- E 112 — Certificación sobre el mantenimiento de las prestaciones en curso del seguro de enfermedad-maternidad.
- E 113 — Hospitalización, notificación de ingreso y de salida.
- E 114 — Concesión de prestaciones en especie de gran importancia.
- E 115 — Solicitud de prestaciones económicas por incapacidad laboral.

- E 116 — Informe médico en caso de incapacidad para el trabajo (enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, enfermedad profesional).
- E 117 — Concesión de prestaciones económicas en caso de incapacidad para el trabajo.
- E 118 — Notificación de no reconocimiento o de terminación de la incapacidad para el trabajo.
- E 119 — Certificación relativa al derecho de los trabajadores en desempleo y de los miembros de sus familias a las prestaciones del seguro de enfermedad-maternidad.
- E 120 — Certificación de derecho a las prestaciones en especie para los solicitantes de pensión o de renta y los miembros de sus familias.
- E 121 — Certificación para la inscripción de los titulares de pensión o de renta y la elaboración de los inventarios.
- E 122 — Certificación para la concesión de las prestaciones en especie a los miembros de la familia de los titulares de pensión o de renta.
- E 123 — Certificación de derecho a las prestaciones en especie del seguro contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.
- E 124 — Solicitud de subsidio de defunción.
- E 125 — Estado individual de gastos efectivos.
- E 126 — Tarifas para el reembolso de prestaciones en especie.
- E 127 — Estado individual de cantidades globales mensuales.
- E 201 — Certificación relativa a la totalización de períodos de seguro o de residencia.
- E 202 — Tramitación de una solicitud de pensión de vejez.
- E 203 — Tramitación de una solicitud de pensión de supervivencia.
- E 204 — Tramitación de una solicitud de pensión de invalidez.
- E 205 — Certificación relativa a la carrera del seguro en Bélgica.
  - Certificación relativa a los períodos de seguro y de residencia en Dinamarca.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en Alemania.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en Grecia.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en España.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en Francia.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en Irlanda.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en Italia.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en Luxemburgo.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en los Países Bajos.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en Portugal.
  - Certificación relativa a la carrera del seguro en el Reino Unido.
- E 206 — Certificación de los períodos de empleo en las minas y empresas asimiladas.
- E 207 — Información relativa a la carrera del asegurado.
- E 208 — Determinación de los derechos a pensión.
- E 209 — Determinación de los importes de pensión por aplicación eventual del artículo 46.3 del Reglamento 1408/71.
- E 210 — Notificación de decisión relativa a una solicitud de pensión.
- E 211 — Recapitulación de las decisiones.
- E 212 — Vías y plazos de recurso.

- E 213 — Informe médico detallado.
- E 214 — Informe médico relativo a la evaluación de las capacidades y límites funcionales.
- E 215 — Informe administrativo sobre la situación de un pensionista.
- E 301 — Certificación relativa a los períodos computables para la concesión de las prestaciones por desempleo.
- E 302 — Certificación relativa a los miembros de la familia del trabajador asalariado en desempleo que han de ser tenidos en cuenta para el cálculo de las prestaciones.
- E 303 — Certificación relativa al mantenimiento del derecho a las prestaciones de desempleo.
- E 401 — Certificación relativa a la composición de la familia con miras a la concesión de prestaciones familiares.
- E 402 — Certificación de asistencia escolar para la concesión de prestaciones familiares.
- E 403 — Certificación de aprendizaje para la concesión de prestaciones familiares.
- E 404 — Certificado médico para la concesión de las prestaciones familiares.
- E 405 — Prestaciones o subsidios familiares en el caso de ocupaciones sucesivas en varios Estados miembros entre los plazos de pago previstos por la legislación de dichos Estados.
- E 406 — Solicitud de subsidios familiares relativos a un trabajador asalariado sometido a la legislación francesa y cuya familia reside en un Estado miembro distinto de Francia.
- E 407 — Certificación de los períodos de empleo o de desempleo indemnizado en Francia para la concesión de los subsidios familiares a los miembros de la familia de un trabajador asalariado o de un trabajador asalariado en desempleo que residen en un país distinto de Francia.
- E 408 — Solicitud de información.
- E 409 — Control de la declaración de inexistencia de derechos a subsidios familiares a título de una actividad profesional en el país de residencia de la familia.
- E 410 — Notificación de anulación del derecho a los subsidios familiares.
- E 411 — Petición de datos sobre el derecho a prestaciones familiares (subsidios familiares) en el Estado de residencia de los miembros de la familia.